

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



TESIS DOCTORAL

Terrorismo y prescripción penal

**La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en el
derecho español**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Manuel Cerrada Moreno

Director

José de la Torre Martínez

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO,
MORAL Y POLÍTICA I**



TERRORISMO Y PRESCRIPCIÓN PENAL

**La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en el
Derecho español**

TESIS DOCTORAL REALIZADA POR

MANUEL CERRADA MORENO

DIRIGIDA POR D. JOSÉ DE LA TORRE MARTÍNEZ

MADRID, 2017

TERRORISMO Y PRESCRIPCIÓN PENAL

**La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en el
Derecho español**

TESIS DOCTORAL REALIZADA POR

MANUEL CERRADA MORENO

DIRIGIDA POR

D. JOSÉ DE LA TORRE MARTÍNEZ

MADRID, 2017

A Laura

Tabla de contenido

<i>CAPÍTULO INTRODUCTORIO. - RESUMEN</i>	14
INTRODUCCIÓN	14
CUESTIONES ABORDADAS, OBJETIVOS Y MÉTODO	16
- Delimitación del concepto normativo de terrorismo	16
- Estudio de los fundamentos y la naturaleza de la prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Replanteamiento del debate y resultados.	17
- Interpretación de la norma que establece que tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona	19
<i>INTRODUCTORY CHAPTER. - SUMMARY</i>	20
INTRODUCTION	20
QUESTIONS, OBJECTIVES AND METHOD	22
- Delimitation of the legal concept of terrorism.....	22
- Study of the grounds and the nature of the statute of limitations and non-applicability of statutory limitations to crimes. Reframing the debate and results reached.	23
- Interpretation of the rule stating that the crimes of terrorism would not be subject to a statute of limitations if they had caused the death of a person	25
<i>CAPÍTULO I.- EL CONCEPTO DE “TERRORISMO” EN EL DERECHO ESPAÑOL</i>	30
1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE “TERRORISMO”	30
1.1. Origen del término “terrorismo”	30
1.2. La necesidad de alcanzar una definición del terrorismo en la dogmática penal	36
1.3. Dificultades a la hora de definir el terrorismo	38
1.4. Clasificaciones de distintos tipos de terrorismo	46
2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE “TERRORISMO” CONFORME A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	53
2.1. La delimitación conceptual del terrorismo en el Derecho comparado y en el ámbito internacional	53
2.1.1. Derecho comparado.....	53
2.1.2. Derecho internacional.....	57
2.1.3. Derecho español	65
2.2. Evolución histórica del concepto jurídico del terrorismo en España.	69
2.2.1. La primera legislación antiterrorista española. Legislación contra el terrorismo anarquista.	70
- El terrorismo anarquista	71
2.2.2. La legislación antiterrorista española durante el régimen de Franco.	79
2.2.3. Regulación tras la muerte de Franco. Influencia de ETA y los GRAPO en la legislación antiterrorista.	84
- ETA.....	85
- Los GRAPO	96
2.2.4. La regulación del terrorismo en el Código Penal de 1995	115
2.2.5. La regulación del terrorismo en el Código Penal tras la Ley Orgánica 5/2010	122
2.2.6. La regulación del terrorismo en el Código Penal tras la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.....	128
- Breve referencia al origen y significado del terrorismo yihadista	129
2.3. Delimitación negativa del concepto jurídico del terrorismo en España	143
2.3.1. El terrorismo no es un acto de guerra, sino un delito	143

2.3.2. El concepto jurídico de “terrorismo” en España no incluye el “terrorismo de Estado”.....	155
2.3.2.1. Breve caracterización del “terrorismo de Estado”	155
2.3.2.2. El terrorismo de Estado no está previsto en el Código Penal español. El caso GAL y la falta de publicidad de los crímenes como elemento diferenciador.....	161
- Los GAL.....	163
2.2.3. El concepto jurídico del terrorismo sí incluye el terrorismo de “extrema derecha”	176
2.2.4. El concepto jurídico del terrorismo no incluye el “terrorismo vigilante”	178
2.3.5. Los delitos de terrorismo no son delitos políticos	180
2.3.6. Los delitos de terrorismo tampoco son delitos de autor	187
2.4. Delimitación positiva del concepto de terrorismo: elemento estructural y elemento subjetivo	194
2.4.1. La finalidad política de los delitos de terrorismo	196
2.4.1.1. La finalidad política en la dogmática jurídico-penal: elemento subjetivo del tipo.....	199
2.4.1.2. Sobre el significado de los bienes jurídicos supraindividuales atacados por el terrorismo.....	203
2.4.1.3. De las finalidades subjetivas pretendidas a los resultados objetivos inmediatamente producidos.....	204
- Subvertir orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo	210
- Alterar gravemente la paz pública	220
- Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.	229
- La causación de terror en la población. De la finalidad perseguida al efecto producido..	231
2.4.2. El elemento estructural	232
2.4.2.1. Consideraciones generales y regulación anterior a la Ley Orgánica 2/2015	232
2.4.2.2. La insuficiencia del concepto de terrorismo vigente en España para luchar contra el terrorismo yihadista pese a la reforma de 2010.....	236
2.4.2.3. El abandono meramente parcial del elemento estructural como eje característico de los delitos de terrorismo para combatir el terrorismo yihadista tras la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo. El elemento estructural en el terrorismo yihadista.	240
2.4.2.4. El elemento estructural de las organizaciones o grupos terroristas como centro de imputación de delitos que permita interrumpir la prescripción de los delitos de terrorismo prescriptibles	244
2.4.3. La pluriofensividad de los delitos de terrorismo	248
2.4.4. Repercusión del fenómeno terrorista en la sociedad. Especial consideración de las víctimas del terrorismo.	250
2.4.4.1. Apoyo institucional a las víctimas del terrorismo	254
2.4.4.2. Víctimas del terrorismo y prescripción	261
- Consideraciones previas. La víctima en el proceso penal.	261
- La prescripción de los delitos de terrorismo desde la perspectiva de las víctimas.	266

3. EL TERRORISMO COMO ELEMENTO DISTORSIONADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? 275

3.1. El terrorismo como elemento desestabilizador de la sociedad. La búsqueda de la reacción mediante de la acción.....	275
3.2. La respuesta del ordenamiento jurídico al fenómeno del terrorismo	280
3.3. Terrorismo y Derecho penal del enemigo.....	295

CAPÍTULO II.- ORÍGENES, FUNDAMENTOS Y NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS 304

1. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL. 304

2. LA DEFINICIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO..... 308

3. LA DISTINCIÓN ENTRE EL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN. 316

3.1. La confusión entre fundamento y naturaleza jurídica.....	316
3.2. Origen y evolución histórica de la prescripción de los delitos.....	319
3.2.1. La separación de la prescripción penal respecto de la prescripción civil	323
3.2.1.1. Diferencias entre la prescripción extintiva civil y la prescripción penal.....	325
- El distinto tratamiento procesal que reciben. La prescripción penal como materia de orden público.	327
- La distinta concepción de seguridad jurídica a que obedecen	334
- La idea del castigo a la negligencia del acreedor que fundamenta la prescripción civil pero que no es aplicable a la prescripción penal.....	336
- La diferencia en cuanto a la carga de la prueba en el orden civil y en el penal. La prescripción como salvaguardia de las posibilidades de defensa del demandado o acusado	343
- La disminución de los pleitos o de las causas	344
3.2.2. Evolución de la legislación codificada española en materia de la prescripción e imprescriptibilidad de los delitos.....	345
3.2.2.1. Punto de partida: el Código Penal de 1822.....	346
3.2.2.2. Los Proyectos de Códigos anteriores al de 1848 que no entraron en vigor	347
3.2.2.3. El Código Penal de 1848 no recoge la prescripción del delito	348
3.2.2.4. El Código Penal de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.....	349
3.2.2.5. El Código Penal de 1928 insiste en el carácter procesal de la prescripción.....	352
3.2.2.6. El Código Penal de 1932: el giro hacia un nuevo entendimiento de la prescripción	354
3.2.2.7. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963.....	355
3.2.2.8. El Código Penal de 1995	359
3.2.2.9. La prescripción y la imprescriptibilidad tras la reforma del Código Penal de 2010	360
3.2.2.10. La prescripción y la imprescriptibilidad tras la reforma del Código Penal de 2015	363
3.3. Distinción entre naturaleza y fundamento de la prescripción (o imprescriptibilidad)	364
4. EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.....	369
4.1. Introducción. Principales líneas de pensamiento	369
4.2. La prescripción del delito fundada en la falta de necesidad de pena	372
4.2.1. Consideraciones previas: la función social de la pena.....	372
4.2.1.1. Funciones de la pena según las distintas teorías.....	381
4.2.1.1.1. Las teorías absolutas que consideran la pena como retribución y la prescripción de los delitos.....	381
4.2.1.2. Las teorías relativas de la pena: prevención general y especial y prescripción de los delitos.....	391
4.2.1.2.1. Prevención general, terrorismo y prescripción	392
- La prescripción del delito fundada en el olvido del hecho y la consiguiente imposibilidad de que la pena despliegue efectos de prevención general. Inaplicabilidad a los delitos de terrorismo.	395
- Especial estudio de la prevención general negativa en relación con los delitos de terrorismo: el escaso efecto intimidatorio de las normas antiterroristas desde el punto de vista de la prevención especial.	398
4.2.2.2. Prevención especial, terrorismo y prescripción	405
- La prescripción del delito fundada en la imposibilidad de alcanzar los fines de prevención especial. Teoría de la enmienda presunta y teoría de la expiación moral. ...	413
4.2.2.3. La dirección moderna de von Liszt: la orientación de la pena a un fin	419
4.3. La prescripción del delito fundada en la necesidad de seguridad jurídica	425
4.3.1. La noción de seguridad jurídica y la prescripción del delito	425
4.3.2. La seguridad jurídica como fundamento de la prescripción del delito tras la Constitución de 1978.....	427
4.3.3. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción del delito	430
4.3.4. Algunas concreciones del principio de seguridad jurídica como fundamento de la prescripción de los delitos.	433

4.3.4.1. La dificultad probatoria debida al transcurso del tiempo	434
4.3.4.2. La negligencia del Estado en la persecución del delito como fundamento de la prescripción.....	437
- La conexión de la negligencia del titular del derecho como fundamento de la prescripción en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.	441
4.2.5. Carencias del concepto de seguridad jurídica como fundamento único de la prescripción	444
4.4. Conclusión: no existe un fundamento único que justifique la prescripción de todos los delitos. Algunas reflexiones a la vista de la existencia de delitos imprescriptibles.....	449
5. LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO	452
5.1. Planteamiento de la cuestión.....	452
5.2. Consecuencias de la adscripción de la prescripción al Derecho sustantivo o al procesal	458
5.3. Exposición crítica de las distintas justificaciones ofrecidas por la doctrina para fundar sus posiciones respecto de la naturaleza de la prescripción	464
5.3.1. La prescripción de los delitos desde una perspectiva procesal. Crítica a la concepción de la prescripción del delito como obstáculo procesal y la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como impedimento para conocer la verdad.	465
5.3.1.1. Crítica a la concepción de la prescripción del delito como obstáculo procesal. La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como impedimento para conocer la verdad	469
5.3.1.2. Sobre la prescripción como institución procesal y la consideración de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad para permitir su enjuiciamiento (como imprescriptibles) por la Corte Penal Internacional.	473
5.3.2. Naturaleza material de la prescripción del delito. Toma de posición y consecuencias.	481
5.3.3. Sobre la naturaleza mixta de la prescripción	487
6. UN NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: LA POSIBILIDAD DE PRESCRIPCIÓN COMO CUALIDAD DE CADA DELITO QUE AFECTA A SU PUNIBILIDAD.....	490
6.1. Estudio crítico de los términos del debate sobre la naturaleza jurídica de la prescripción del delito	490
6.1.1. Relativización de la importancia del punto de partida de la polémica: la distinción entre Derecho penal y Derecho procesal penal.	490
6.1.2. Los peligros de aplicar la doctrina de la naturaleza de la cosa a una institución jurídica ..	494
6.1.3. La prescripción del delito como institución de la Parte General del Código Penal. Concepto, finalidad y origen de las Partes generales de los Códigos Penales.	499
6.2. La esencia de la prescripción de los delitos	506
6.2.1. Cambio de paradigma: la posibilidad de prescripción de cada delito en lugar de la prescripción como institución. Deconstrucción de la prescripción como institución a la luz de la existencia de delitos imprescriptibles.	506
6.2.2. La prescripción como óbice de punibilidad y no de procedibilidad	511
7. CRÍTICAS DOCTRINALES A LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. EL CAMINO HACIA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD	516
8. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO DISTINTAS DEL DERECHO PENAL	525
9. NÚREMBERG COMO ORIGEN HISTÓRICO DE LA ACTUAL NOCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD COMO REACCIÓN FRENTE A LA IMPUNIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	528
9.1. El Acuerdo y el Estatuto de Londres de 1945	532
9.2. Los Principios de Núremberg, finalmente formulados en 1950.....	536
9.3. Aplicación de los Principios de Núremberg en procesos judiciales posteriores	542
9.4. Traslación de los Principios de Núremberg a otras normas	544

10. EL CONVENIO PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948 Y SUS ANTECEDENTES.....	548
10.1. Antecedentes.....	548
10.2. El Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948	549
10.3. Adhesión de España al Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.....	551
11. LA CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD DE 1968.....	554
12. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 1998	558
12.1. Génesis y líneas fundamentales del Estatuto de Roma	558
12.2. Imprescriptibilidad e irretroactividad en el Estatuto de Roma.....	564
12.3. La Conferencia de Kampala y el camino frustrado hacia la imprescriptibilidad del terrorismo como crimen internacional.....	565
12.4. España y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	569
13. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.....	570
14. CLASES DE IMPRESCRIPTIBILIDAD	575
14.1. La imprescriptibilidad como mero desconocimiento de la posibilidad de prescripción en un ordenamiento jurídico.....	576
14.2. La imprescriptibilidad reconocida de forma expresa en los tratados internacionales	579
14.3. La imprescriptibilidad reconocida de forma expresa en las legislaciones internas como negación de la prescripción.....	583
15.ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS, SUS FUNDAMENTOS Y SU UTILIDAD.....	586
15.1. El Derecho como emanación del poder político y la imprescriptibilidad fundada en la imposibilidad de contención del castigo	586
15.2. La imprescriptibilidad como revisionismo histórico. ¿Hasta qué punto se puede revisarse el pasado mediante la aplicación del Derecho penal?.....	588
15.3. El problema de la inexistencia de una verdadera justicia universal	591
15.4. La imprescriptibilidad como medida de dignificación de las víctimas	595
15.5. ¿La imprescriptibilidad como valor absoluto?.....	600
<i>CAPÍTULO III.- INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DEL ART. 131.3-2 DEL CÓDIGO PENAL, RELATIVA A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE TERRORISMO QUE HUBIEREN CAUSADO LA MUERTE DE UNA PERSONA.</i>	<i>608</i>
1. INTRODUCCIÓN	608
1.1. Sobre los criterios interpretativos considerados.....	608
1.2. La voluntad de la ley y no la voluntad del legislador	615
1.3. Especial consideración de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio	619
2. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL	626
2.1. Sobre el criterio de interpretación gramatical	626
2.2. Referencia al principio de legalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional	627
2.3. Interpretación gramatical de la norma que declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte	629
3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	636
3.1. Sobre el criterio histórico en la interpretación de las normas	636
3.2 La Proposición de Ley	639
3.3. Críticas al precepto durante su tramitación parlamentaria	640
4. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA	643

5. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA	645
5.1. Sobre el criterio de interpretación sistemática	645
5.2. Imprescriptibilidad de otros delitos por conexión.....	648
5.3. Valoración de la norma desde el punto de vista de la lucha policial contra el terrorismo	657
6. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	659
6.1. La Constitución como canon interpretativo	659
6.2. Constitución y prescripción de los delitos	661
- La aplicación retroactiva de las normas que establecen la imprescriptibilidad de un delito está prohibida en el ordenamiento interno. La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.	664
- Constitucionalidad de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en relación con el principio de igualdad	676
- Constitucionalidad de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en relación con el principio proporcionalidad y los límites que éste impone al legislador	679
7. El valor simbólico de la imprescriptibilidad	686
7.1. Sobre el valor simbólico de las normas jurídicas. Especial referencia a las normas sobre terrorismo.....	686
7.2. La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo como símbolo de firmeza del Estado y de reconocimiento a las víctimas.....	690
CONCLUSIONES.....	698
CONCLUSIONS.....	709
<i>BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA</i>	<i>722</i>
AUTORES. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS	722
OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	749

CAPÍTULO INTRODUCTORIO
RESUMEN

INTRODUCTORY CHAPTER
SUMMARY

CAPÍTULO INTRODUCTORIO. - RESUMEN

INTRODUCCIÓN

En el Derecho europeo continental, la posibilidad de que los delitos prescriban, dejando de ser perseguibles cuando ha transcurrido un determinado periodo de tiempo desde su comisión, tiene una larga tradición histórica que se remonta a la Grecia clásica. Hoy en día, la prescripción es generalmente aceptada cuando se trata de delitos poco graves, por entender que la pena que se impone tardíamente es injusta, pues el delito ya se habrá olvidado, así como que las pruebas necesarias para su enjuiciamiento y castigo habrán desaparecido o se habrán debilitado con el transcurso del tiempo. Incluso, es probable que el delincuente se haya reformado y que ya no sea necesario que la pena incida en él para su corrección o, empleando los mismos términos de la Constitución española de 1978, para su reeducación y reinserción social. Todo ello hace que, en definitiva, la pena sea ya innecesaria para mantener el orden en la sociedad. Asimismo, se dice que si el delincuente no ha sido castigado en un plazo razonable, ha de llegar un momento en que desaparezca la incertidumbre acerca de su situación, pues no es justo que sienta permanentemente la amenaza de la coacción penal, sin saber si finalmente será o no condenado por un delito que cometió hace ya un tiempo más o menos largo en relación con la experiencia vital humana. Por ello, tradicionalmente, la literatura jurídica y la jurisprudencia han justificado la prescripción del delito aludiendo a la falta de necesidad de pena por razón del tiempo transcurrido desde su comisión, así como a la necesidad de seguridad jurídica.

Lo hasta ahora expuesto puede parecer razonable cuando se trata de delitos de escasa gravedad o repercusión social, por la levedad del daño que hayan podido producir o por no haber víctimas concretas directamente perjudicadas, como es el caso de los delitos imprudentes cuando no han llegado a producir un resultado lesivo. Sin embargo, cuando se trata de delitos especialmente graves o que causan una mayor alarma social, con víctimas concretas (ya estén plenamente identificadas o ya se extienda el daño producido al conjunto de la sociedad) existe la percepción generalizada de que la prescripción lo único que hace es consolidar una situación injusta. Por ello, en los últimos años, se ha podido apreciar en España una tendencia a endurecer las condiciones para que la prescripción pueda operar, alargando los plazos de prescripción

de los delitos menos graves y declarando otros delitos, como los de terrorismo con resultado de muerte, imprescriptibles. Así lo hizo la reforma del Código Penal en 2010.

A diferencia de lo que ocurre en el *common law*, donde tradicionalmente no se preveía la posibilidad de prescripción de los delitos, en nuestro sistema de Derecho continental, la idea de imprescriptibilidad de determinados delitos que hoy recogen los Códigos, como el español, es sin embargo más reciente, pues nació en el ámbito internacional, siendo los juicios de Núremberg, celebrados tras la Segunda Guerra Mundial para condenar jurídica y moralmente los crímenes de los nazis, su punto de referencia más seguro. De este modo, la imprescriptibilidad expresa para determinados delitos señalada en el Código Penal no se funda tanto en la negación de los fundamentos tradicionales de la prescripción como en el empeño de evitar que determinados crímenes, los considerados más graves en el ámbito internacional, queden impunes mediante la aplicación de previsiones de un Derecho interno, que se considera ilegítimo.

No obstante, el terrorismo, pese a que en la actualidad se extiende por los distintos Estados, no es un crimen de Derecho internacional. No se ha llegado en el ámbito internacional a un consenso sobre su definición, por lo que cada Estado cuenta con un concepto jurídico propio del término, más o menos definido, que le permite hacer frente a esta amenaza, cada vez más preocupante, mediante la aplicación del Derecho penal.

La fuerte carga emotiva del término “terrorismo”, que puede referirse a realidades distintas, determina además que las legislaciones internas implementen medidas excepcionales y excepciones a las reglas generales con el fin de combatir este fenómeno, en lo que ha venido a considerarse un auténtico subsistema penal.

En España, entre otras muchas medidas especiales previamente existentes, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo en el mismo la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona, siendo ésta la primera norma sobre imprescriptibilidad de un delito que no consiste en la recepción en el Derecho interno español de una previa previsión de Derecho internacional. Por otro lado, la reforma del Código Penal llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, ha supuesto la redefinición de los delitos de terrorismo, que a diferencia de la anterior

regulación, centrada fundamentalmente en la lucha contra ETA, ahora atiende de forma principal al fenómeno del terrorismo yihadista.

CUESTIONES ABORDADAS, OBJETIVOS Y MÉTODO

En la literatura jurídica, se ha afirmado que la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en el ordenamiento jurídico español, entre otras cuestiones, vulneraría principios constitucionales como el de igualdad, así como que supone una quiebra de la sistemática y de los principios seguidos por nuestro Código Penal.

Entendemos que todo ello merece unas reflexiones que necesariamente han de partir del estudio del fenómeno del terrorismo desde el punto de vista jurídico, para luego abordar los fundamentos y la cuestión relativa a la “naturaleza” de la prescripción o imprescriptibilidad de los delitos y tratar de determinar en qué medida las antiguas doctrinas siguen siendo aplicables. Finalmente, dedicaremos el último capítulo de este trabajo a la interpretación del precepto contenido hoy, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el párrafo segundo del art. 131.3 del Código Penal: “Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona”.

- Delimitación del concepto normativo de terrorismo

El primer capítulo se dedica al concepto jurídico del terrorismo en el Derecho español, abordando la cuestión relativa a la dificultad de su definición desde los orígenes del término, las distintas clasificaciones del terrorismo, la evolución histórica del término desde su nacimiento en la Revolución Francesa, con especial atención a la legislación histórica española desde la primera regulación pensada para luchar contra el fenómeno del terrorismo anarquista hasta la reciente modificación operada por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, pensada para hacer frente a la amenaza del terrorismo yihadista. Teniendo en cuenta que el terrorismo es un concepto histórico, se ha procedido al estudio de los textos legales históricos, en relación con su contexto y las particularidades de cada tipo

de terrorismo, como el anarquista, el de ETA o los GRAPO, así como el actual terrorismo yihadista. Se hace asimismo referencia a abundantes citas jurisprudenciales, con su referencia de la base de datos “Westlaw” de Aranzadi.

Toda vez que el término “terrorismo” es empleado en multitud de normas, sin que el Código Penal ofrezca una definición del mismo, limitándose a tipificar determinadas conductas como terroristas, la adecuada delimitación del concepto jurídico de terrorismo permite dar respuesta a preguntas relacionadas con el ámbito de aplicación de la legislación antiterrorista en general y la relativa a la imprescriptibilidad de los que hubieren causado la muerte de una persona en particular. Así por ejemplo, a si el denominado “terrorismo de Estado” se encuentra incluido en el concepto de “terrorismo” manejado por el Código Penal (habiéndose llegado a la conclusión de que la respuesta ha de ser negativa) o a si también puede considerarse “terrorismo” el denominado de “extrema derecha” y no sólo el subversivo o el de “extrema izquierda” (habiéndose llegado en este caso a la respuesta afirmativa).

Finalmente, y tras hacer una especial referencia a la significación de las víctimas del terrorismo, el capítulo dedicado al concepto jurídico de terrorismo concluye con el estudio del fenómeno como elemento distorsionador del ordenamiento jurídico, estudiando los distintos preceptos penales relativos al terrorismo que, en nuestro Derecho positivo -por otro lado en constante evolución-, suponen excepciones a las reglas generales. Esta parte concluye con algunas reflexiones acerca de la consideración de la legislación antiterrorista como “Derecho penal del enemigo”.

- Estudio de los fundamentos y la naturaleza de la prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Replanteamiento del debate y resultados.

Si bien la cuestión relativa a los fundamentos y a la naturaleza jurídica de la prescripción de los delitos ha sido largamente discutida en la literatura jurídica, no lo ha sido tanto el tema de la imprescriptibilidad, que suele aceptarse acríticamente cuando se trata de crímenes internacionales, así señalados en los Tratados, pero sin que exista una doctrina clara acerca de lo que implica la imprescriptibilidad señalada en el ámbito interno de un ordenamiento jurídico en relación con el conjunto de normas que lo integran. Se han estudiado los principales instrumentos internacionales relativos a la

imprescriptibilidad de determinados delitos, desde los Juicios de Núremberg y sus Principios hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, pasando por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad de 1968.

Partiendo de que en el idioma español, el término “imprescriptibilidad”, con su partícula negativa “im”, no es sino la negación de la posibilidad de prescripción, y tras estudiar los fundamentos de la prescripción y la imprescriptibilidad así como la evolución histórica de la regulación conjunta en nuestro Derecho de la prescripción y la imprescriptibilidad y su significado como institución de Parte General en el Código Penal, hemos llegado a la conclusión de que la prescripción (o mejor dicho, la posibilidad de prescripción) y la imprescriptibilidad pueden considerarse pertenecientes a una misma categoría dogmática, de modo que el hecho de que el delito no haya prescrito debería considerarse una condición objetiva de punibilidad. Esto nos lleva a replantearnos el clásico debate acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción y de las consecuencias de optar por una concepción sustantiva o procesal de la misma, fundamentalmente en orden al problema principal que se trata de resolver mediante el recurso a tal debate sobre la “naturaleza” y que no es otro que determinar si pueden o no aplicarse retroactivamente los preceptos que modifiquen el régimen legal de prescripción de determinados delitos en perjuicio del reo. El estudio de tal cuestión se ha puesto en relación con el punto de vista desde el que se aborde: no será lo mismo la imprescriptibilidad en el ámbito del ordenamiento jurídico interno de un Estado concreto que tradicionalmente ha desconocido la prescripción (como ocurre en los de corte anglosajón), que en el ámbito internacional (donde la afirmación de la imprescriptibilidad supone la deslegitimación del ordenamiento interno que permite que los crímenes prescriban), que finalmente en el ámbito interno de un Estado de Derecho continental que considera que sus normas son legítimas, y en el que la introducción de la previsión de imprescriptibilidad, convirtiendo en imprescriptible a un delito que antes podía prescribir, no se ha llevado a cabo por razón de un cambio de régimen político.

- Interpretación de la norma que establece que tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona

Finalmente, el tercer capítulo se dedica a la interpretación de la norma hoy contenida en el art. 131.3 párrafo segundo del Código Penal (art. 131.4 CP desde que fuera introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y hasta la reforma del precepto mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

La delimitación del concepto normativo de terrorismo, aunque resulte fundamental como paso previo para la comprensión del alcance de la norma que declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona, no pone fin a todos los interrogantes que la misma puede suscitar. Tratándose de una norma penal, resulta ineludible proceder a un análisis jurídico-dogmático de la de la misma, determinando su sentido y alcance, por lo que se ha analizado atendiendo separadamente, en la medida de lo posible, a los distintos criterios de interpretación jurídica (gramatical, histórico, teleológico y sistemático). Asimismo, se ha realizado una valoración del precepto desde el punto de vista constitucional, partiendo del estudio de la doctrina constitucional sobre la prescripción de los delitos, para luego poner la norma objeto de nuestro estudio en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad y sobre el principio de proporcionalidad.

En relación con ello, tiene especial importancia la delimitación de las posibilidades de aplicación temporal del precepto, esto es, si resulta aplicable retroactivamente a delitos de terrorismo con resultado de muerte cometidos antes de la entrada en vigor de la norma o sólo a los que se cometan con posterioridad. Para ello, sin perjuicio de la obligada atención que habrá de prestarse a los valores y principios constitucionales, previamente ha sido necesario retomar la vieja polémica acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción, esto es, si se trata de una institución de derecho sustantivo, de modo que la regla de la imprescriptibilidad sólo podría aplicarse hacia el futuro, o si se trata de una institución de carácter procesal, de modo que, por regir en este ámbito la norma *tempus regit actum*, la imprescriptibilidad sería aplicable a cualquier delito pendiente de juzgar, con independencia de cuándo fue cometido. Cabe adelantar que se ha llegado a un concepto unitario de la posibilidad de prescripción y la imprescriptibilidad como cualidad del delito. Y si bien es cierto que con la regulación actual de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prescripción alcanzada impide el

enjuiciamiento del hecho, hemos llegado también a la conclusión de que a lo que afecta la prescripción es a la punibilidad, de modo que podría impedir la pena pero no el proceso, y por tanto podría celebrarse el juicio para el logro de otras finalidades legítimas, sobre todo tratándose de delitos de terrorismo, en orden a la reparación y dignificación de las víctimas, permitiendo así también la construcción de un relato judicial de lo sucedido.

Finalmente, se ha llevado a cabo una valoración de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte atendiendo a su valor simbólico, pudiendo adelantarse que la función simbólica predomina sobre las demás, sin perjuicio de que la norma también presente posibilidades de aplicación práctica (como la imprescriptibilidad de los delitos conexos), aunque limitadas a los delitos que se pudieran cometer después de su entrada en vigor.

MANUEL CERRADA MORENO

INTRODUCTORY CHAPTER. - SUMMARY

INTRODUCTION

In European continental law systems, the possibility that a crime ceases to be prosecutable when a certain period of time has elapsed since its commission has a long historical tradition that goes back to classical Greece. Nowadays, statute of limitations is accepted when it comes to minor offenses because it is thought that a late punishment is unfair, because the crime will have already been forgotten by society, and the necessary evidence for its prosecution and punishment will have disappeared, or they will have weakened over the course of time. It is even thought that the offender will have changed the way he behaves and it is no longer necessary the sentence and the punishment to correct him or, using the terms used in the Spanish Constitution (article 25.2), for its re-education and social reintegration. All this means that the penalty is no longer necessary to maintain order in society. It is also thought that if the offender has not been punished within a reasonable time since the crime was committed, there must be a moment when the uncertainty about his situation disappear, since it is not fair that

he permanently feel the threat of criminal coercion, without knowing whether he will be or not convicted of a crime that he committed a long time ago. For this reason, traditional legal literature and case law have justified the statute of limitations for crimes by referring to the lack of need for punishment due to the time elapsed since its commission, as well as the need for legal certainty.

What has hitherto been exposed may seem reasonable when it comes to minor offenses or to those that have caused a little impact on society, because of the lightness of the damage they may have produced or because there are no concrete victims directly harmed, such as reckless crimes when they have not come to produce an injurious result. However, in the case of particularly serious offenses or those which cause a greater social alarm, with concrete victims (whether they are fully identified or the damage done to society as a whole already exists), there is a general perception that statute of limitations comes to consolidate an unfair situation. For this reason, in recent years, in Spain exists a tendency to tighten the conditions so that the statute of limitations can operate, lengthening the periods of statute of limitations for less serious offenses and declaring other crimes, such as those of terrorism resulting in death, not subject to statute of limitations.

Unlike in common law, where the non-applicability of statutory limitations was the general rule, in our continental law system, the idea of non-applicability of statutory limitations to certain crimes that are now included in the Codes, such as the Spanish Criminal Code, is more recent, and was born at the international level, being the Nuremberg Trials, held after the Second World War to judicially and morally condemn the crimes of the Nazis, its most reliable point of reference. Thus, non-applicability of statutory limitations to crimes is not based on the negation of the traditional grounds for statute of limitations but in the idea of prevent the impunity that the application of legal provisions of domestic law, which is considered illegitimate, can provide when it comes to the most serious crimes at the international level.

However, terrorism is not an international crime. No consensus has been reached on its definition at the international level, and each State has his own legal concept of terrorism, which allows it to deal with this increasingly worrying threat through the implementation of different criminal law provisions.

The strong emotional effect of the term “terrorism”, which may refer to many different realities, also determines that every State implement exceptional measures and exceptions to the general legal provisions in order to combat this phenomenon, in what has come to be considered a true subsystem of criminal law.

In Spain, among other many previously existing special rules, Organic Law 5/2010, of 22 June, on the reform of the Criminal Code stated, along with many other new rules, introduced there the provision of non-applicability of statutory limitations to those crimes of terrorism that would have caused the death of a person. This was the first rule stating the non-applicability of statutory limitations to a crime that does not consist in the reception in Spanish domestic law of a previous provision of International law.

QUESTIONS, OBJECTIVES AND METHOD

In legal literature, it has been said that the non-applicability of the statute of limitations for terrorism-related offenses resulting in death would violate some constitutional principles such as equality, as well as a failure of the system and principles followed by the Spanish Criminal Code.

All this suggests some reflections that necessarily have to start from the study of the phenomenon of terrorism from a legal point of view, to then address the grounds and the question of the “nature” of the statute of limitations or non-applicability of statutory limitations to crimes and to try to determine if the old doctrines remain applicable. Finally, we will interpretate the legal provision stated in the second paragraph of article 131.3 of the Criminal Code: “The crimes of terrorism would not be subject to a statute of limitations if they caused the death of a person”.

- Delimitation of the legal concept of terrorism

The first chapter of this work focuses on the legal concept of terrorism in Spanish law, starting with the difficulty of defining it from its historical origins, the different classifications of terrorism, the historical evolution of the term since its birth in the French Revolution, with special attention to the Spanish historical legislation, from

the first regulation designed to combating the phenomenon of anarchist terrorism until the recent modification operated by Organic Law 2/2015, of March 30, of amendment of the Criminal Code in the matter of terrorism, thought to deal with the threat of jihadist terrorism. Keeping in mind that terrorism is a historical concept, we have studied its regulation in the historical legal texts, in relation to the historical context and the particularities of each type of terrorism, such as the anarchist terrorism, the terrorism used by criminal organizations such like ETA or GRAPO, and lastly the current jihadist terrorism. We will also refer to the Spanish case law, with reference to “Westlaw” Aranzadi database quotations.

Since the term “terrorism” is used in many legal provisions, but the Spanish Criminal Code does not offer a definition of the word, and it is limited to characterizing certain criminal behaviors as terrorists, the proper delimitation of the legal concept of terrorism allows to answer some questions related to the scope of the anti-terrorist legislation in general and to the non-applicability of statutory limitations in particular. For example, if the so-called “state terrorism” is included in the concept of “terrorism” according to the Spanish Criminal Code (having concluded that the answer must be negative) or if the so-called “right-wing terrorism” can also be considered “terrorism” (having concluded that, in this case, the answer is affirmative).

Finally, after making a special reference to the significance of the victims of terrorism, the chapter dedicated to the legal concept of terrorism concludes with the study of the phenomenon of terrorism as a distorting element of the legal system. In this part of the work, we will study the different legal provisions relating to terrorism that, in our positive law -constantly evolving-, are exceptions to the general rules. This part concludes with some thoughts on the consideration of the anti-terrorist legislation as “Enemy Criminal Law”.

- Study of the grounds and the nature of the statute of limitations and non-applicability of statutory limitations to crimes. Reframing the debate and results reached.

Although the question related to the grounds and the legal nature of the statute of limitations has been longly discussed in the legal literature, the non-applicability of statutory limitations stated in the international treaties is often uncritically accepted

when dealing with international crimes, but there is not a clear doctrine on what the non-applicability of statutory limitations indicated in a domestic legal provision implies. We have studied the main international instruments concerning to the non-applicability of statutory limitations to certain crimes, from the Nuremberg Trials and the Nuremberg Principles to the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998, passing through the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity of 1968. Relating to this, we will mention the international texts, as well as to the legal literature relating to the subject.

Since in Spanish language the word “imprescriptibilidad” (“non-applicability of statutory limitations”), begins with the negative particle “im”, which means negation, we can say that the term just means that statutory limitations cannot operate. After studying the grounds for statute of limitations and non-applicability of statutory limitations as well as the historical evolution of the regulation and its meaning as an institution of the General Part of the Spanish Criminal Code, we have reached the conclusion that the statute of limitations (or rather, the possibility of applicability of statutes of limitations) and non-applicability of statutory limitations can be considered as belonging to the same dogmatic category, so that the fact that the time for statute of limitation has not been reached should be considered an objective requirement for punishment. This leads us to rethink the classic debate about the legal nature of the statute of limitations and the consequences of opting for a substantive or a procedural conception of this legal institution, fundamentally related to the main problem to be resolved by recourse to such debate on “nature”, which is to determine if new rules that modify the statutory periods for some crimes to disadvantage of offender may be retroactively applied. In our opinion, the study of this question has to be done in relation to the point of view from which we approach it: it will not be the same the study of the statute of limitations in a legal system where traditionally there is not possibility of apply statutes of limitations (like Anglo-Saxon legal systems), that in the international level (where the affirmation of non-applicability of statutory limitations to certain crimes implies delegitimize the domestic legal system that allows the statute of limitations leading to impunity) that, finally in the domestic level of a State with a legal system of continental law, with norms are considered legitimate, and where there has not been a regime change, so that the new rules on non-applicability of statutory

limitations can not be retroactively applied to disadvantage of offender if we want to respect the principle of legality.

- Interpretation of the rule stating that the crimes of terrorism would not be subject to a statute of limitations if they caused the death of a person

Finally, the third chapter deals with the interpretation of the rule stated in article 131.3-second paragraph of the Spanish Criminal Code (article 131.4 of the Criminal Code since it was introduced by Organic Law 5/2010, of June 22, and until the amendment of the article by Organic Law 1/2015, March 30): “The crimes of terrorism would not be subject to a statute of limitations if they caused the death of a person”.

Although the delimitation of the legal concept of terrorism is essential as a preliminary step in understanding the scope of the rule that states the non-applicability of statutory limitations to terrorist crimes that caused the death of a person, it does not end all the questions that it can provoke. In the case of a criminal law, the legal-dogmatic analysis, specifying its meaning and scope, is unavoidable. That is the reason why it has been analyzed attending, as much as possible, to the different criteria commonly accepted for legal interpretation (grammatical, historical, teleological and systematic). Likewise, we have studied the concrete rule from a constitutional point of view, based on the study of the constitutional doctrine on the statute of limitations for crimes, and then studying the rule in relation to the doctrine of the Constitutional Court of Spain on the principle of equality and on the principle of proportionality in constitutional law.

Related to that, we have studied if it is possible to apply the rule that states the non-applicability of statutory limitations to crimes of terrorism that have caused the death of a person to those crimes committed before the entry into force of the rule or if the rule can be only applied to those crimes committed afterward. To this end, notwithstanding the obligatory attention to constitutional values and principles, it has previously been necessary to revisit the issue of the old controversy about the legal nature of the statute of limitations in constitutional law systems, this is, if it is an institution of substantive law -in which case the rule on non-applicability of statutory limitations could only be applied to the future-, or if it is an institution of a procedural

nature, in which case, and given that in this field the principle *tempus regit actum* rules, the non applicability of statutory limitations could be applied to any offense independently of the time when the crime was committed, and therefore, also to crimes committed before the coming into force of the rule.

We have reached an unitary concept of the applicability and the non-applicability of a statute of limitations, which may be considered as a characteristic of the description of every criminal definition. With the current regulation in the Criminal Procedure Law, statute of limitations prevent the prosecution of the crime, but we have also concluded that this characteristic of the crime affects to the possibility of punishment, so it prevents the effective imposition of the penalty but it should not prevent the opening of the trial. Thus, the process could be held in order to achieve other legitimate purposes - especially when it comes to crimes of terrorism-, such as compensation, restoration and dignification for the victims.

Finally, we have studied the rule that states the non-applicability of statutory limitations to terrorism-related offenses resulting in death considering its symbolic value, and we can anticipate the conclusion that this value prevails over the others. However, the rule can also be applied in practice (for example, in relation to related offenses) but this possibility is limited to crimes committed after the entry into force of the rule.

MANUEL CERRADA MORENO

CAPÍTULO I

**EL CONCEPTO DE “TERRORISMO” EN EL
DERECHO ESPAÑOL**

CAPÍTULO I.- EL CONCEPTO DE “TERRORISMO” EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO JURÍDICO DE “TERRORISMO”

1.1. Origen del término “terrorismo”

El problema de la falta de un concepto unívoco del terrorismo es ya antiguo. Suele decirse, como hace LAMARCA PÉREZ, que la falta de univocidad del término se debe a que el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario¹. Resulta así, como señala esta autora, que “el vocablo terrorismo es en el lenguaje común casi más emotivo que descriptivo”², siendo decisiva la ideología y el factor emocional, de modo que el término “terrorismo” tiene una connotación peyorativa, y es utilizado por quien tiene intención de desprestigiar la acción violenta, por lo general el propio poder político, que tipifica tales acciones como delito. En este sentido, es cierto, como apunta AVILÉS FARRÉS, que “cuando se simpatiza con una causa resulta difícil llamar terroristas a quienes luchan por ella”³.

Siendo así las cosas, ni en España ni en el ámbito internacional se ha llegado aún a una definición legal o doctrinal generalmente aceptada del terrorismo. Esta circunstancia permite que, en ocasiones, como denuncia MARTÍNEZ MUÑOZ, el término se aplique a casi cualquier cosa, de modo que “a veces se llama terrorismo financiero a los intereses que antes se llamaban usurarios y estaban prohibidos, igual que se puede llamar asesinato al aplastamiento de una hormiga”. Y a esta confusión, no siempre malintencionada, se une otra que sí lo es, pues a la misma ideología que se

1 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 840.

2 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

3 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 9.

esconde tras el fenómeno terrorista le interesa impedir detectar la especificidad del fenómeno y especialmente, de la respuesta jurídica, de modo que la ausencia de una definición jurídica, en contraste con la universalización de la noción sociológica (usada informativamente de forma masiva en todo el mundo) y en la “doctrina mundial (de la ideología)”, muestra la fractura de la noción de derecho por parte del aparato erosionante de la ideología⁴.

Aunque no se haya llegado a un concepto unívoco del término -lo cual es especialmente preocupante en el ámbito jurídico, donde debe primar la seguridad en las definiciones y en las consecuencias que el Derecho asigna a los hechos-, casi todo el mundo cree saber de qué se habla cuando oye el término “terrorismo”. El terrorismo en España, esencialmente por la actividad de la banda terrorista ETA, vulgarmente se asociaba a coches-bomba, a secuestros pidiendo rescates y a ataques con pistola contra políticos o miembros del Ejército o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Hoy en día, y por influencia del terrorismo yihadista, el término se asocia a ataques indiscriminados por incomprensibles motivos religiosos contra víctimas que por lo general nada tienen que ver con las finalidades que dicen perseguir quienes se atribuyen la responsabilidad de estos hechos. Ese cambio en la noción sociológica del terrorismo, rápidamente implantado por los medios de comunicación en lo que se conoce como opinión pública, ha tardado sin embargo más en ser recogido por el Código Penal, que tradicionalmente estaba claramente orientado a luchar contra la actividad de ETA y que ha sido profundamente modificado en 2015 para recoger una noción jurídica del terrorismo orientada a facilitar la persecución y el enjuiciamiento de los actos llevados a cabo por terroristas islámicos. No obstante, la esencia del terrorismo como delito, según el Código Penal español, sigue siendo la misma: la comisión de crímenes violentos para provocar un estado de terror colectivo en la población que favorezca o desemboque en la consecución de una finalidad política (o religiosa que, en el caso del terrorismo islámico, se encuentra indisolublemente unida a la política).

Como señala DE LA CORTE IBÁÑEZ, no es casual que expresiones como *terrorismo* o *terrorista* hagan referencia a un particular estado emocional descrito en

4 MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO: «El derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 689 y ss. (711,718).

varios idiomas con la palabra *terror*⁵. Etimológicamente, como explica GARCÍA SAN PEDRO, la palabra *terror* es de procedencia latina, como ya pusiera de manifiesto el *Diccionario de Autoridades* elaborado en tiempos de Felipe V (en latín *terrere* significa provocar temblor). Gramaticalmente, “terror” significa *miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se teme* aunque, con más precisión, para la ciencia psicológica es una emoción dentro de la escala tímérica cuyo espectro, desde los estados de contenido más concreto hasta los de mayor imprecisión, lo constituyen el miedo, el temor, el terror, el pánico, la inseguridad, la angustia y la ansiedad, y en la que el terror puede definirse como una intensa emoción de miedo o temor⁶. Si atendemos al *Diccionario de la Real Academia Española*, observamos que el concepto gramatical de *terrorismo* ha sido, tradicionalmente, “dominación por el terror” y “sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror”. La vigésimo tercera edición del *Diccionario*, de octubre de 2014, incluye una tercera acepción, que no aparecía en anteriores ediciones y que pretende acercar el concepto gramatical al concepto jurídico que ya se venía empleando en nuestro Código Penal: “Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos”⁷.

Una referencia histórica fundamental para el desarrollo del concepto del término se encuentra en la Revolución Francesa, cuando con el ascenso al poder de los jacobinos se inició en Francia el período llamado del Terror (*La Terreur*)⁸ más o menos entre marzo de 1793 y julio de 1794⁹. En el suplemento de 1798 del *Dictionnaire de la*

5 Cfr. DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, págs. 40-41.

6 GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 3; DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 41.

7 Se añade en esta definición el elemento estructural (bandas organizadas), la reiteración de actos (reiteradamente) así como el carácter vicario de las víctimas (por lo común de modo indiscriminado), el resultado inmediato buscado (crear alarma social) y el resultado último o mediato (los fines políticos). No obstante, también en el ámbito jurídico, como se verá, el término se encuentra en constante evolución.

8 GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 3.

9 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 551 (entrada “terrorismo, definición”).

Académie Française se definía el terrorismo como “systeme, régime de la terreur”¹⁰. Según un diccionario francés publicado en 1796, los jacobinos habían usado de cuando en cuando este término en un sentido positivo al hablar y escribir acerca de sí mismos¹¹; pero a partir del 9 de termidor (27 de julio de 1794, caída de Robespierre), “terrorista” se convirtió en una palabra insultante con implicaciones delictivas¹².

El término no tardó en llegar a Gran Bretaña, donde EDMON BURKE, en un famoso pasaje escrito en 1795 recogido en la obra *The Philosophy of Edmund Burke*, habló, al referirse a los jacobinos, de “miles de esos malditos perros de presa llamados terroristas” (...) que se hallaban dispersos entre el pueblo (“thousands of those hell-hounds called terrorists, whom they had shut up in prison on their las revolution, as the satellites of tyranny, are let loose on the people”)¹³.

De este modo, el término “terrorismo”, que en principio significaba “reino del terror”, había pasado así a tener un significado más amplio en los diccionarios como “sistema de terror”, para pasar finalmente a designar la actividad de cualquiera que trataba de promover sus ideas mediante un sistema de coacción basado en el miedo, denominándose a éstos “terroristas”¹⁴.

10 Así en *Dictionnaire de L'Académie française, 5th Edition (1798)*, pág. 775. Puede verse en la página web de la Universidad de Chicago: <http://portail.atilf.fr/cgi-bin/dico1look.pl?strippedhw=terrorisme&headword=&docyear=ALL&dicoid=ALL&articletype=1>

11 GARCÍA-TREVIJANO afirma que “El Terror lo definió el terrorista Tallien como sistema de poder fundado sobre el miedo”. GARCÍA-TREVIJANO FORTES, ANTONIO: *Teoría pura de la República*, ediciones MCRC, pág. 84.

12 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 551 (entrada “terrorismo, definición”).

13 Así en *The works of the Right Honourable EDMON BURKE*, Vol. V, Boston, 1826, reimpreso de la última edición de Londres, pág. 63. <https://books.google.es/books?id=AvQoAAAAYAAJ&pg=PA63&lpg=PA63&dq=burke+thousands+of+thousands+called+terrorists&source=bl&ots=2vU5emLvQX&sig=1v1wQlzi3xc9MzD1TZndAvHt1M&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0i5311MTRAhWHzxQKHf06BBMQ6AEIKjAC#v=onepage&q=burke%20thousands%20of%20those%20hell-hounds%20called%20terrorists&f=false>

BENEGAS, en su *Diccionario de Terrorismo*, transcribirá este pasaje como “miles de esos monstruos infernales llamados terroristas” que andaban sueltos entre la gente. Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 551 (entrada “terrorismo, definición”).

14 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 551 (entrada “terrorismo, definición”).

Así, encontrándose el origen etimológico del término en la Revolución Francesa, lo que hoy en día entendemos de forma intuitiva como terrorismo no se identifica ya con las acciones causantes de terror empleadas durante tales acontecimientos, y que hoy serían consideradas “terrorismo de Estado” pero no “terrorismo” sin más, pues el término ha adquirido un cariz claramente subversivo, habiéndose abandonado el uso de la palabra para designar el ejercicio del poder mediante métodos criminales. De este modo, GARCÍA-TREVIJANO, en un artículo titulado «Terror y terrorismo», denunciará la inexactitud del término “terrorismo de Estado”: “El Terror del Régimen jacobino no era terrorista. Pues no afectó a toda la sociedad francesa, ni pretendió obtener concesiones de sus adversarios. Consistió en un mero expediente ideológico para liquidarlos y en un sistema de dominación. En el mundo político, la palabra terror designa el tipo de miedo que sufren los que, por ser o creerse objetivos personales de una causa ideológica de persecución, están aterrados o pertérritos ante el Régimen de poder. Puede haber, por eso, Estado de Terror, pero no terrorismo de Estado”. En el mismo artículo, afirma este autor que la voz “terrorista” se incorporó a nuestra lengua en 1884 («terror», en 1440), para nombrar a los autores de atentados magnicidas o fabriles, sin otro móvil que la represalia contra símbolos del Estado clasista y del maquinismo industrial. Sin embargo, los primeros que se valieron del terror como táctica para la conquista del Estado no se llamaron terroristas, sino fascistas¹⁵.

Resulta así que hoy en día en España, tanto el concepto sociológico de terrorismo como el jurídico, que pese a distintos vaivenes mantiene un núcleo esencial recogido en el Código Penal, es claramente subversivo. La acción violenta encaminada a la consecución de un fin político, para ser considerada “terrorista”, debe dirigirse contra el orden establecido, hasta el punto de que lo que se conoce como “terrorismo de Estado” no está siquiera previsto en tipos específicos en el Código. Teóricamente, conforme al Código Penal español, tales crímenes no pueden siquiera llegar a cometerse. Lo más parecido serían los delitos de lesa humanidad, configurados como delitos contra la comunidad internacional en el art. 607 bis, dentro del Título XXIV del Libro II, lo que claramente sitúa la previsión de comisión tales crímenes fuera de nuestras fronteras.

15 Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «Terror y terrorismo», Diario “La razón”, jueves 13 de septiembre de 2001.

Los delitos de terrorismo, en cambio, se configuran como delitos contra el orden público, y se tipifican en los arts. 573 y ss. del Código Penal¹⁶. Sin duda, en la tipificación del fenómeno terrorista como crimen tendente a la subversión del orden político (“orden público” según el Título XXII del Libro II), designado como “orden constitucional” en el actual art. 573 CP, ha influido tradicionalmente y de forma esencial -prescindiendo de antecedentes anteriores orientados a la lucha contra el terrorismo de signo anarquista- la voluntad del legislador de contrarrestar la actividad criminal de la banda terrorista ETA. Sin embargo, y como se ha apuntado, en los últimos tiempos, ha sido otro tipo de terrorismo, el de corte yihadista, el que ha empujado al legislador a modificar en 2015, mediante Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo¹⁷, el concepto jurídico del terrorismo recogido en el Código que, si bien sigue haciendo referencia a un terrorismo subversivo –y por tanto, dentro de dicho concepto jurídico-penal no cabe la posibilidad de entenderlo ejercido por parte del propio Estado– ahora atiende, más que a las finalidades políticas perseguidas en última instancia por los terroristas, a los efectos inmediatos que la acción criminal produce sobre la población o las instituciones.

Y es que, hoy en día, la mención del término “terrorismo” hace pensar inevitablemente en el de corte yihadista. Las fuentes genéricas de dicha amenaza, como señala REINARES, son actualmente dos: por una parte, el denominado Estado Islámico (EI). Por otra, al-Qaeda y sus ramas o entidades afines¹⁸.

16 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

17 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

18 “Hasta 2013 fue una amenaza directa o indirectamente relacionada con al-Qaeda, organización formada en 1988 y que durante unos 28 años se mantuvo como la única matriz del yihadismo global. Pero desde 2014, la amenaza de terrorismo yihadista en Europa Occidental procede asimismo de EI, constituido a partir de lo que con anterioridad fue la rama iraquí de al-Qaeda, si bien ahora se presenta como matriz alternativa y rival de la misma por la hegemonía del yihadismo global”. REINARES NESTARES, FERNANDO: «Diez cosas que importa saber sobre la amenaza del terrorismo yihadista en Europa Occidental». Comentario Elcano 11/2016 - 29/3/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-reinares-10-cosas-que-importa-saber-sobre-la-amenaza-del-terrorismo-yihadista-en-europa-occidental

1.2. La necesidad de alcanzar una definición del terrorismo en la dogmática penal

Que el terrorismo sea un crimen horrendo y un drama humano para cientos de personas, como apunta QUINTERO OLIVARES, no debe hacernos perder de vista, por lo que aquí nos interesa, que es un fenómeno que plantea diversos problemas jurídicos a los que hay que dar respuesta mediante su transformación en materia normativizada¹⁹. Esta tarea de reducir el concepto histórico y social del terrorismo a un concepto normativo debe hacerse, según ASÚA BATARRITA, acotando los elementos que sustentan el reproche normativo y la correlativa exigencia de responsabilidad individual²⁰.

La selección de los criterios determinantes de lo que debe ser incluido en el concepto jurídico del terrorismo no es arbitraria. Existe un consenso que viene de antiguo. Siguiendo a BUENO ARÚS, puede decirse que los delitos de terrorismo giran en torno a tres cuestiones básicas: la violencia como medio, el terror como resultado y la finalidad política perseguida por los autores²¹.

Y así, desde el momento en que en los modernos Estados, denominados de Derecho, los actos de violencia que se consideran terroristas son combatidos mediante la aplicación del Derecho penal, donde inexcusablemente debe regir el principio de legalidad, la preocupación en el ámbito jurídico queda limitada, más que a encontrar una definición que satisfaga a todo el mundo, a obtener una regulación consistente en tipos penales y medidas procesales acordes que sean aplicables en el ámbito territorial al que extiende su jurisdicción el Estado. De este modo, la falta de una definición satisfactoria en el ámbito internacional no impide que el término “terrorismo” sea empleado por el Código Penal español, que tampoco se preocupa por definirlo, limitándose a fijar los elementos subjetivos que han de concurrir en la concreta acción delictiva previamente tipificada para para que pueda considerarse terrorista: 1.^a

19 Cfr. QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss. (86-88).

20 Cfr. ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

21 BUENO ARÚS, FRANCISCO: «Principios generales de la legislación antiterrorista», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ISSN 0210-1076, N°. Extra 11, 1986 (Ejemplar dedicado a: *Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*), págs. 135-146 (136).

Subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella (art. 573 CP tras su reforma mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo).

Esta forma de legislar ha sido respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha sido constante en afirmar que no es necesario que exista un concepto legal de “terrorismo” para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones: “La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista por la naturaleza de las acciones de quien las comete, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones”²².

Este estado de cosas, que en un principio parecería pugnar con el principio de legalidad penal, ha sido igualmente defendido por el Tribunal Constitucional que, pese a la falta de una definición del “terrorismo”, ha apelado al arraigo del término en nuestra cultura jurídica, permitiéndose así afirmar, en una ya lejana sentencia de 1993, que “Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede -esto es, la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento-, una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones. No ocurre así, sin embargo, con los

22 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a), Sentencia de 19 de enero 2007 (RJ 2007, 1771), con cita de STS núm. 2/1997, de 29-11-97 (RJ 1997, 8535); STS de 27-5-88 (RJ 1988, 3839); STS núm. 338/1992, de 12 de marzo (RJ 1992, 2442); STS núm. 2/1998, de 29 de julio (RJ 1998, 5855) (caso Marey); STS 33/93, de 25 de enero (RJ 1993, 174); STS núm. 2838/1993, de 14 de diciembre (RJ 1993, 9446); STS núm. 633/2002 de 21 de mayo (RJ 2002, 6715); STS núm. 546/2002 de 20 de marzo (RJ 2002, 4124); STS núm. 1064/2002, de 7 de junio (RJ 2002, 8793); STS núm. 1541/2004, de 30 de diciembre (RJ 2005, 511) y STS núm. 556/2006, de 31 de mayo (RJ 2007, 1676) (11 –S).

términos legales «organización terrorista» o «elemento terrorista» y no cabe, por ello, acoger el reproche de inconstitucionalidad dirigido contra la Ley Orgánica 3/1988²³.

Sin embargo, y a pesar de tales esfuerzos del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la falta de definición del terrorismo en el Código Penal, en opinión de un sector de la doctrina, del que puede destacarse a LAMARCA PÉREZ, iría en contra del principio de taxatividad de las normas penales²⁴.

Claro que también puede entenderse que el principio de taxatividad no sufre –al menos con la regulación actual²⁵– por la falta de una definición del terrorismo, pues los elementos del tipo de las conductas calificadas como terroristas se encuentran suficientemente precisados en el Código Penal, de modo que se sabe perfectamente cuál es la acción penalmente castigada, con independencia de que se cuente o no con una definición doctrinal del fenómeno recogida en el Código que, asimismo, no define la mayoría de delitos que castiga, limitándose a señalar los elementos constitutivos del tipo

1.3. Dificultades a la hora de definir el terrorismo

Debido a diversidad de acciones que pueden ser consideradas terroristas, a la constante innovación de los terroristas en su *modus operandi*, así como a los distintos puntos de vista desde los que puede enfocarse el fenómeno, con independencia de que el problema se halle mejor o peor resuelto en la legislación positiva, subsiste en el ámbito jurídico una especial preocupación por alcanzar un concepto unívoco y preciso del término “terrorismo”.

El problema de la falta de definición no es exclusivo de España. Más bien todo lo contrario: se trata de un problema internacional. Fuera de nuestras fronteras –como observa MORAL DE LA ROSA– la nota predominante es la ausencia de un concepto

23 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 89/1993 de 12 de marzo (RTC 1993, 89).

24 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 840.

25 El Tribunal Supremo ha reflejado también en su jurisprudencia que “el terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales”. Es por ello por lo que “el legislador democrático (sic.), en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo (no obstante) la triple exigencia del principio de legalidad: «lex scripta, praevia et certa»” Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 546/2002 de 20 de marzo (RJ 2002, 4124).

de terrorismo, válido tanto a nivel internacional como para cada uno de los Estado miembros de esa comunidad internacional²⁶. Un concepto unívoco y preciso del término “terrorismo” facilitaría una mayor colaboración entre los distintos Estados para luchar contra este fenómeno. Mediante la elaboración del Proyecto de Convención General sobre el terrorismo internacional, la comunidad internacional viene buscando un consenso en materia de terrorismo desde 1996, pero se encuentra encallado por la imposibilidad de concretar qué actos han de calificarse como tales. Según tal Proyecto, cometería delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o daños a los bienes, lugares, instalaciones, o redes mencionados a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo²⁷.

Resulta así que, pese a que desde hace muchos años se intenta consensuar una definición mundialmente válida de lo que ha de entenderse por “terrorismo”, siempre se tropieza con la oposición de algún Estado árabe (como indicara QUINTERO OLIVARES, en 2014, Siria de modo constante a quien se sumaba alternativamente algún otro)²⁸.

Como puede comprenderse, dada la motivación última de corte religioso del terrorismo yihadista, también el conflicto entre Israel y Palestina ha dificultado muy especialmente un acuerdo político en el ámbito internacional²⁹. En 2002, en Kuala

26 Cfr. MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Centro de Estudios Financieros, 2005, pág. 167.

27 Citado por GONZÁLEZ AMADO, IVÁN: «El terrorismo: un delicado límite», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 27, N°. 81, 2006 (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: *Derecho Penal Supranacional*), págs. 93-118.

28 QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss. (87).

29 Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

Lumpur, Ministros de asuntos exteriores de la Organización de la Conferencia Islámica “rechazaron cualquier intento de asociar el terrorismo con la lucha del pueblo palestino en el ejercicio de su derecho inalienable a establecer un estado independiente (...), en la V Conferencia Euro mediterránea celebrada en Valencia el 23 de abril de 2002 (...), los países árabes se opusieron a que un concepto de terrorismo pudiera en algún modo incluir las acciones de los palestinos”³⁰.

Y sin embargo, como advierte QUINTERO OLIVARES, se hace imprescindible disponer de un concepto consensuado de terrorismo para saber contra qué se quiere luchar, por lo que la cuestión deja de ser un tema de carácter formal o académico para convertirse en una *necesidad operativa*³¹. Claro que, como se ha dicho, tal preocupación se ve mitigada en el ámbito interno de cada ordenamiento jurídico, donde a efectos prácticos se ha tenido que llegar –con mayor o menor acierto–, a una delimitación conceptual de los tipos delictivos considerados terroristas válida al menos a efectos de persecución penal en el ámbito de la correspondiente jurisdicción.

Resulta además que el hecho de que el terrorismo adopte cada vez nuevas formas y modos de actuación, obligando a la legislación a evolucionar para adaptarse a las especificidades del fenómeno, acarrea una permanente revisión que tampoco ayuda a elaborar un concepto estable del término. De ahí que QUINTERO OLIVARES plantee la necesidad de analizar “si el derecho responde ante lo que materialmente se puede considerar terrorismo o si, por el contrario, el derecho selecciona lo que se ha de considerar terrorismo y, por lo tanto, genera un concepto normativo del terrorismo”³². Tal pregunta, en principio, podría responderse atendiendo al principio de legalidad penal, de modo que, en el ámbito jurídico, sólo sería terrorismo aquello que venga tipificado como tal en el Código. Claro que, para ello, previamente el legislador habrá seleccionado los elementos que la norma ha de tener en cuenta, de modo que no todo lo

30 Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: «Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional», en BUENO ARUS, FRANCISCO y otros (directores): *Derecho Penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid, Dikynson, 2006, pág. 1225.

31 QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss. (87).

32 QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss. (88).

que socialmente y de forma intuitiva o promovida por los medios de comunicación se considera terrorismo encuentra su encaje en las normas penales. En última instancia, habrán de ser los jueces quienes realicen tal función de subsunción del hecho en la norma, y es aquí donde cobra su importancia la existencia de un concepto de “terrorismo” que, sin apartarse de la letra del Código Penal, facilite su interpretación en atención fundamentalmente a la carga histórica del término y con la mayor fidelidad al sentido de la ley, sin perder de vista las implicaciones, fundamentalmente de índole procesal que despliegan su efecto desde el momento mismo en que unos hechos de apariencia delictiva son calificados como constitutivos de “terrorismo”³³.

Y es que en España, pese a la falta de definición expresa del fenómeno en el Código Penal, existe una gran variedad de definiciones doctrinales del “terrorismo”, y no sólo en el ámbito estrictamente jurídico³⁴. Cada una de esas definiciones incide en algún matiz que en mayor o menor medida será tenido en cuenta en la legislación positiva. De este modo, y dado que el terrorismo no se define expresamente, atendiendo a los elementos tenidos en cuenta por el legislador, se podría llegar, por inducción, a un concepto normativo no carente de importancia desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal pues, en España, además de la tipificación de acciones concretas como terroristas, asignándoseles una pena, el término “terrorismo” es empleado en diversos

33 JIMÉNEZ DE ASÚA recoge la siguiente cita de RADBRUCH (*Filosofía del Derecho*, traducción española de José Medina Echeverría, pág. 154): “Un acertijo puede tener, junto a la solución que su autor pensara, todavía otra segunda no pensada por él y que puede ser acertada como la primera; y una jugada aislada de ajedrez puede tener, posiblemente, en la conexión de todo el juego, un sentido completamente diferente de aquel que creyó el que la jugaba. Semejante a esta marcha en el ajedrez, que no está solamente determinada por el jugador, es toda proposición cuando hablamos. «El lenguaje piensa y rima en nosotros», es decir, cuando hablo y pienso introduzco mis pensamientos en un mundo de pensamientos que tiene su propia y singular legislación. Tan cierto como no estoy en situación de crearme un lenguaje y un mundo conceptual para mí solo, es igualmente verdad que lo que expreso lo pongo bajo las leyes propias del mundo conceptual en que me muevo, es decir, uno a toda expresión ciertas relaciones conceptuales de las que no me está permitido alejarme”. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 409-410, 440.

34 GARCÍA SAN PEDRO señala cómo desde la Revolución Francesa, en el plano teórico, el estudio del terrorismo se ha afrontado desde diversas perspectivas: sociológica, psicológica, polemológica, política, jurídica (tanto en el campo del derecho interno como del internacional), etc., sin que hasta el momento, la polémica haya conducido a resultados aceptados generalmente. No obstante, se dispone de un elevado elenco de definiciones, que sin embargo, a veces sólo son útiles en el ámbito monodisciplinar al cual se circunscriben. De este modo, puede decirse, con BELL, que el terrorismo es “una condición que la mayoría de los hombres conoce implícitamente, pero que al mismo tiempo parece resultarles imposible someter a un examen rigurosos. Por ello, el estudio del terrorismo debe plantearse con la máxima prudencia, delimitando con extremada cautela el instrumento metodológico y precisando sutilmente el ámbito de estudio. Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, págs. 7 y ss.

preceptos tanto de la ley sustantiva como de la procesal. Así, por ejemplo, conforme al del Código Penal, no prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.3 CP).

El ejemplo citado, relativo a la imprescriptibilidad, no plantea excesivos problemas, pues en definitiva su aplicación requerirá de una previa subsunción del hecho en la norma por parte del juez, que es quien deberá pronunciarse en definitiva sobre la existencia o no de prescripción. Sin embargo, existen otros preceptos de índole procesal que requieren de su aplicación en una fase anterior, por parte de otros operadores jurídicos, dependientes no ya del Poder Judicial sino del Ejecutivo. De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal e incluso con la propia Constitución (art. 55.2), la catalogación de una acción delictiva como “terrorista” permite poner en marcha toda una serie de actuaciones procesales de excepción como la ampliación de los plazos de detención, la intervención de las comunicaciones, etc., que pueden ser incluso decididas, en casos de urgencia, sin intervención judicial, siendo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quienes harán esa catalogación indiciaria de un delito como “delito de terrorismo”. Así, el art. 579 LECrim autoriza al juez para acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para las causas sobre delitos de terrorismo, entre otros, pero conforme al apartado 3 del mismo artículo, “En caso de urgencia, la medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, si bien deben comunicarla inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado”³⁵.

Resulta así que, en España, la definición del terrorismo no es un problema que pueda considerarse superado porque se tipifiquen en el Código determinadas conductas que se consideran terroristas, pues la delimitación precisa del concepto es en ocasiones el

³⁵ Art. 579 redactado conforme a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

único método para determinar si concurre el presupuesto para aplicar otras normas por parte no sólo de los jueces, sino de otros operadores jurídicos.

Con ocasión de la resolución del Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988 promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988, el Tribunal Constitucional³⁶ reconocería que:

“Ni un sólo concepto usado por el legislador puede estar libre de ambigüedad o de vaguedad, signos indelebles de nuestra condición finita. Con la mayor parte de los conceptos usados por el legislador cabría ahilar interrogantes parecidos a los de la demanda. Sin ir más lejos, lo que el recurso hace con los conceptos «elementos terroristas» y «organización terrorista» podría haberlo hecho igualmente con la de «banda armada» y «elementos» u «organizaciones rebeldes». Es que la liberación de la ambigüedad se consigue en los lenguajes formalizados; pero las leyes siguen utilizando el «lenguaje natural» por varias, poderosas y obvias razones, que, sin duda, pueden hallar algún fundamento constitucional en los arts. 1.1 (principio del Estado de Derecho y principio democrático: Inteligibilidad de la Ley para los ciudadanos), 9.3 (publicidad de las normas, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad) y, tratándose de leyes penales, art. 25.1, todos de la C.E”.

El objetivo a perseguir, por tanto, no es alcanzar una definición sintética, sino establecer los límites del concepto. Como seguiría diciendo la citada Sentencia:

Demostrados así que las leyes, como obra humana que son, contienen necesariamente ambigüedad, vaguedad o imprecisión, el problema que se plantea es un «problema de límites». El art. 25.1 C.E. (y,

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988. Promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988. Documento BOE-T-1993-9770. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1993-9770>

En Aranzadi, Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 89/1993 de 12 de marzo (RTC 1993, 89).

si se quiere, también los arts. 1.1 y 9.3 C.E.) proscriben no la ambigüedad o la indeterminación de las leyes penales, sino un «exceso» de ambigüedad e indeterminación.

El principio de legalidad penal garantiza por un lado el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la norma, y, por otro, la seguridad del ciudadano en cuanto a la certeza de la Ley penal le permite programar su comportamiento sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente. Los preceptos penales no deben considerarse «aisladamente y sin criterio de determinabilidad alguno», sino «en un contexto legal o jurisprudencial». La STC 105/1988 reitera compendiosamente esta doctrina, al afirmar que vulneran el art. 25.1 C.E. «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra de Jueces y Tribunales»”.

En la misma Sentencia, que desestimaría el recurso, el Tribunal Constitucional aludiría a la jurisprudencia como método de delimitación del concepto, eliminando la ambigüedad:

“El Tribunal no ha considerado la noción de terrorista o terrorismo como tan excesivamente ambigua o hasta tal punto indeterminada que violara el art. 25.1 C.E. Pero, con independencia de la mayor o menor indeterminación del concepto en sí, la STC 199/1987, en los párrafos citados, y la jurisprudencia penal a la que la STC 199/1987 alude, crean un contexto jurisprudencial que, de acuerdo con la doctrina de las SSTC 133/1987 y 105/1988, eliminan de raíz todo reproche de exceso de ambigüedad o indeterminación de las nociones «elementos terroristas» u «organizaciones terroristas». De hecho, basta con la lectura del fundamento jurídico 4. de la STC 199/1987 para que buena parte de las preguntas de la demanda puedan recibir contestación.

Además, como recuerda el fundamento jurídico 5. de la STC 199/1987, «existen instrumentos internacionales, muy en particular el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de

1977, ratificado por España ("Boletín Oficial del Estado" de 8 de octubre de 1980), que establecen criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo»”.

(...)

“De este modo se van acumulando precedentes (formando jurisprudencia) que reducen aún más la indeterminación. Esto es fisiología, no patología, de la interpretación y aplicación del Derecho”

Y así, afirmarí­a luego que

“La interpretación y aplicación del Derecho es una actividad no teórica, sino pragmática. No se pretende en ella la elucidación de los conceptos, sino la decisión de conflictos humanos. «Elementos terroristas» y «organización terrorista» son conceptos que presentan penumbras o márgenes de indeterminación, exactamente igual que otros muchos que figuran en el Código Penal. Estos conceptos tienen un núcleo o esfera de certidumbre: Nadie negará la pertinencia de calificar como «organización terrorista» a, por ejemplo, la banda armada ETA. Es cierto que pueden darse casos, pocos, en que sea razonablemente dudoso si el supuesto de hecho concreto puede o no puede subsumirse en los conceptos «elemento» u «organización terrorista». Aun en esos casos, la indeterminación es perfectamente reducible mediante conocidos esquemas de argumentación jurídica utilizados en necesaria interacción con los datos concretos del caso”.

De este modo, el concepto jurídico del terrorismo puede delimitarse atendiendo al “contexto legal o jurisprudencial”, surgido en un momento histórico determinado y que marcará la pauta interpretativa, sin perjuicio de que el intérprete haya de sujetarse estrictamente, por razón del principio de legalidad penal, y en la medida en que un término tal como “terrorismo” lo permita, al sentido literal de las palabras empleadas en la ley.

Finalmente, no puede perderse de vista que, “terrorismo” es una palabra peyorativa utilizada por quien detenta el poder para deslegitimar a quien se lo disputa de forma violenta. Por ello, en la medida en que en el contexto de un determinado ordenamiento jurídico no existan normas claramente definidas y criterios sólidos para su interpretación, la calificación de un acto como terrorista dependerá, en última instancia, de quien ostente de hecho el poder político. LEWIS CARROLL, en *A través del espejo*, narraba la siguiente conversación:

“Cuando yo uso una palabra -insistió Humpty Dumpty en un tono más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos.

La cuestión -insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

La cuestión -zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda... eso es todo”³⁷.

1.4. Clasificaciones de distintos tipos de terrorismo

En el ordenamiento jurídico español, el fenómeno del terrorismo no se considera un acto de guerra sino un delito, de modo que es combatido por el Estado mediante la aplicación del Derecho Penal. De ahí que en nuestro entorno social y cultural, las definiciones más relevantes no estrictamente jurídicas del “terrorismo” no procedan de ámbitos como el de la estrategia militar, sino más bien de disciplinas como la Psicología o la Psiquiatría, que aportan elementos criminológicamente relevantes a la noción jurídica del término.

Centrado en los aspectos psicológicos del terrorismo, DE LA CORTE IBAÑEZ lo define como “una sucesión premeditada de actos violentos e intimidatorios ejercidos sobre población no combatiente y diseñados para influir psicológicamente sobre un número de personas muy superior al que suman sus víctimas directas y para alcanzar así algún objetivo, casi siempre de tipo político”³⁸. Y el psiquiatra ALONSO-

37 CARROLL, LEWIS: *A través del Espejo*, Ediciones del Sur, Córdoba, Argentina, pág. 88. <https://www.ucm.es/data/cont/docs/119-2014-02-19-Carroll.ATravesDelEspajo.pdf>

38 DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág.

FERNÁNDEZ profundiza en el efecto distresante que la acción terrorista causa en la víctima, cuya voluntad queda reducida cuando no anulada a causa del terror, siendo éste, en definitiva, el efecto del que el terrorista pretende obtener la ventaja política³⁹.

Para el estudioso del terrorismo REINARES, “un acto de violencia es terrorista si el impacto psíquico que provoca en una sociedad o algún segmento de la misma, en términos de ansiedad y miedo, excede con creces sus consecuencias materiales, esto es, los daños físicos ocasionados intencionadamente a personas o cosas”⁴⁰. Esta definición nos acerca decididamente a una de las principales características del fenómeno terrorista que la legislación española tiene en cuenta y que a la postre fundamenta que un mismo delito –por ejemplo un asesinato– se castigue con mayor severidad si fue cometido con intención terrorista. En el terrorismo, los aspectos cualitativos superan a los cuantitativos⁴¹; dicho de otro modo, se ataca a unos pocos (o a uno sólo) para causar terror en muchos. En el plano jurídico, como señala BUENO ARÚS, esta forma de

43.

39 Tal efecto “se configura como un estado mental dominado por un sentimiento tímérico, en la escala que va desde el miedo al terror o la ansiedad, a menudo asociado con una sensación desbordante de inseguridad o desconfianza. El campo de la conciencia tímérica, dominado por la sobre tensión emocional de alarma, se caracteriza por un estrechamiento y una ofuscación, características que se deben de un modo respectivo a la pérdida mental de amplitud y de lucidez. De esta suerte la conciencia tímérica puede definirse como una conciencia al tiempo crepuscular y confusa. Su grado más intenso es el bloqueo mental, estado propio del trauma psíquico. En cualquier caso una persona aterrorizada, a estar cubierta de bruma mental no puede comunicarse consigo misma, y una vez despojada de la libertad interior es fácilmente manejada por los atracadores o los asaltantes. La conciencia tímérica no ofrece condiciones para pensar y actuar con reflexión racional, ni tampoco para resistirse al manejo y la manipulación de personas que dominan la situación. El estado tímérico puede llegar a reunir las condiciones de un auténtico trance hipnótico”. ALONSO-FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «La victimización del terrorismo», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 147-155 (152).

40 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Dimensiones del terrorismo internacional», en *Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional*, Cuadernos de estrategia, Ministerio de Defensa, nº 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Grupo de Trabajo 6/04, págs. 39-48. http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=27850

41 Cfr. REINARES NESTARES, FERNANDO: *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998, págs. 35 y ss.

En este sentido, RODRÍGUEZ URIBES observa que “Cuantitativamente lo que no deja de ser una paradoja, sus efectos (del terrorismo) son menores: no en vano muchas personas mueren en el mundo, por ejemplo, en accidentes de tráfico; no digamos ya por las hambrunas o incluso en el mundo desarrollado y en los países emergentes por las enfermedades derivadas del sobrepeso...”. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 32.

Incluso, como observa AVILÉS FARRÉS, “un grupo terrorista puede tener un impacto en la opinión totalmente desproporcionado respecto del apoyo social del que dispone, como ocurrió en Alemania con la Fracción del Ejército Rojo”. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 30.

actuar determina que el desvalor que merece la conducta sea mayor, y por tanto que los delitos de terrorismo se castiguen con mayor dureza que los no terroristas, aunque objetivamente hayan producido el mismo resultado⁴².

Existen, además, diversas clasificaciones de distintos tipos de terrorismo. En su *Diccionario de Terrorismo*, JOSÉ MARÍA BENEGAS señala las siguientes:

- Por el ámbito de actuación, puede distinguirse entre terrorismo nacional y transnacional. En el nacional, el grupo terrorista opera dentro de su propio país, aunque pueda recibir apoyo externo. El terrorismo nacional a su vez puede ser clasificado en rural o urbano según el ámbito de sus actuaciones.
- Por sus apoyos, puede distinguirse entre terrorismo marginal y el que cuenta con un determinado apoyo social.
- Por su ideología o fundamentos doctrinales, puede distinguirse entre el terrorismo anarquista, el nacionalista, el obrerista o proletario, religioso, el de extrema derecha, racista o mercenario.
- En relación con el objetivo, el terrorismo puede ser selectivo o indiscriminado.
- El terrorismo puede ser subversivo, cuando pretende la destrucción del orden establecido mediante la generalización del terror; o de Estado, cuando utiliza métodos terroristas para resolver un conflicto o repeler una agresión bien sea mediante la utilización de los ejércitos o la policía o en su caso organizaciones paralelas⁴³.

42 Como razona BUENO ARÚS, “si el juicio moral no nos importara, no tendría sentido que un homicidio terrorista se castigue con mayor pena que un homicidio culposo por accidente de tráfico, porque el resultado, social o económicamente considerado, sería el mismo. Objetivamente, sin concesiones a los elementos subjetivos, las muertes por accidentes de tráfico son mucho más numerosas que las muertes por terrorismo; luego, socialmente, el vehículo a motor es más dañino y disfuncional que la goma-2 y los coches-bomba. Sin embargo, todos condenamos enérgicamente (unos más que otros) y nos sentimos amenazados por el terrorismo, pero, probablemente, nadie renunciará a comprarse un automóvil por sentirse amenazado por la circulación rodada en las carreteras. Entiendo en consecuencia que en todo esto hay algún elemento más a tomar en cuenta que no sea lo meramente objetivo” BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 42, ya citado.

43 BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 133 (entrada “clases de terrorismo”).

Por su parte, JARIA I MANZANO, centra su atención en las finalidades perseguidas por el fenómeno terrorista, de modo que según él existirían los siguientes tipos de terrorismo:

- i. un terrorismo de limitación, que pretendería excluir al poder constituido de determinados espacios sociales, sin impugnar su legitimidad *in Toto*;
- ii. un terrorismo de separación, que pretendería expulsar al poder constituido de un determinado territorio para sustituirlo por otro;
- iii. un terrorismo de subversión, que pretendería destruir totalmente al poder constituido y sustituirlo por una nueva legitimidad;
- iv. finalmente, casos mixtos que combinan los dos últimos tipos, que integrarían aquellos casos relacionados con el patrón de liberación nacional al modo del FLN argelino⁴⁴.

Una distinción tenida en cuenta por nuestro Código Penal, acogiendo una de las opciones y despreciando la otra, es la apuntada por RODRÍGUEZ URIBES al distinguir entre terrorismo en sentido propio o lo que él llama *terrorismo como fin* (como el de ETA en España o el terrorismo yihadista) y terrorismo en sentido amplio o impropio, que sería el *terrorismo como método* (como el “narcoterrorismo” en Colombia o México). Dentro de éste último, podrían incluirse “desde los movimientos subversivos, separatistas o revolucionarios en el interior de los Estados, también durante los procesos de descolonización, hasta las manifestaciones violentas de corte religioso o cultural con mayor pretensión de universalidad. Incluso la violencia proveniente de bandas u organizaciones criminales, o de los aledaños del poder en relación con grupos parapoliciales o paraestatales, también pueden ser incluidas, en concreto en la acepción amplia e impropia del terrorismo como método”⁴⁵. Pues bien, las acciones que según el Código Penal español constituyen delitos de terrorismo son las que, según la

44 Cfr. JARIA I MANZANO, JORDI: «El terrorismo como síntoma: constitucionalismo, legitimidad del poder y globalización», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (Director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 61–84.

45 No obstante, cabe señalar que RODRÍGUEZ URIBES no identifica este último caso con el Terror de Estado, que califica de “violencia ilegítima, directa y sin subterfugios, del poder político, con sus ropajes institucionales”, y de la que sostiene que “no es terrorismo sino directamente un supuesto de violación de derechos humanos, el más grave y paradigmático”. Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 34 y ss.

terminología descrita, son las encuadradas en el “terrorismo como fin”. El terrorismo como medio, según la terminología empleada por RODRÍGUEZ URIBES, no es contemplado por nuestro Código, en consonancia con nuestros antecedentes históricos, al no haber proliferado en España mafias o grupos criminales que lleguen a plantearse la posibilidad de utilizar el terrorismo como forma de protección de sus negocios criminales frente al Estado.

De este modo, la legislación antiterrorista española caracteriza el terrorismo, en todo caso, como un crimen cometido con una finalidad política, y quien utiliza el terror como método para asentar o desarrollar su negocio ilícito, por ejemplo de narcotráfico, aprovechando la debilidad del Estado, no persigue en principio ninguna intencionalidad política, no tiene por finalidad imponer un modelo de sociedad, ni segregar una parte del país, etc. Únicamente pretende mantener un negocio lucrativo en términos estrictamente económicos, empleando para ello los métodos que sean necesarios. En España, desde el punto de vista jurídico, este tipo de actividades criminales, caso de producirse, no podrán ser calificadas como “terrorismo”, pues el desarrollo del concepto jurídico del término está influido por el acontecer histórico de cada país, y en el nuestro el terrorismo se configura en el Código Penal como un crimen orientado a una finalidad política subversiva. Quizás por eso, RODRÍGUEZ URIBES añadirá que el terrorismo “o es total, esto es, pretende un proyecto político totalitario, o no es terrorismo”⁴⁶.

Y es que, cabe incidir en que el terrorismo no es nunca un fin en sí mismo, sino un medio criminal para lograr otra finalidad política, pues ni siquiera quienes utilizan el denominado *terrorismo como fin* tienen por fin último la causación de terror. Resulta así, a mi juicio, que el término *terrorismo como fin* únicamente encuentra su sentido en la contraposición al antes referido *terrorismo como medio*.

Tras la reforma de 2015, el Código Penal, seguramente en atención a la dificultad que muchas veces existe para identificar la organización estructural con la que colabora o a la que puede pertenecer un terrorista yihadista, a diferencia de lo que ocurría con ETA, y para evitar que a la hora de calificar una acción terrorista yihadista haya de descenderse a averiguar la verdadera finalidad perseguida por el terrorista en su

46 También RODRÍGUEZ URIBES reconoce que “totalitarismo y terrorismo van siempre de la mano”. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 64.

fuero íntimo, ha señalado como finalidad terrorista “Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella” (art. 573.1. 4º tras Ley Orgánica 2/2015)”. Pero el terror sólo es la consecuencia premeditada de los medios criminales empleados para obtener resultados políticos, que son el verdadero fin al que tienden los atentados. Otra cosa es que tales fines políticos nos resulten tan exóticos que no puedan ser concretados en un proceso penal garantista como al que se aspira en España (incluso para los terroristas), o que los fines perseguidos sean tan fantasiosos que, sencillamente para poder castigar la conducta sin quiebra del principio de legalidad penal, sea preferible atender al efecto de terror directamente producido en la población por la acción violenta que al fin último que íntimamente perseguía el terrorista en cuestión. Sobre todo, como se ha apuntado, cuando éste actúa de modo solitario o no es posible vincularle a una organización más o menos estable, de ideales claros y ya conocidos.

El terrorista (por lo general) no es un sádico o un enajenado inimputable penalmente, que disfrute causando terror a la población (aunque pueda hacerlo) sino que su intención última será siempre alcanzar una finalidad concreta de tipo político. Los terroristas yihadistas buscan realizar un proyecto totalitario de una sociedad regida por una visión radicalizada del Islam mediante la implantación de un Califato, lo mismo que ETA pretende la independencia política de una parte del territorio español. Pero ninguna organización acudiría al terrorismo si pudiese alcanzar sus objetivos por otros medios, bien pacíficos o bien sencillamente declarando una guerra tradicional en la que pudiesen enfrentar un ejército propio al del Estado cuyos postulados combaten. Su inferioridad política y la falta de un ejército propio que pudiese plantear una guerra convencional y ganarla determinaron que se decantaran por el terrorismo, pero no nacieron con la finalidad exclusiva y última de infundir terror.

La intención de causar terror debe considerarse condición necesaria pero no suficiente para que un delito sea calificado como terrorismo, pues lo cierto es que cualquier delito puede causar terror a la víctima sobre la que se comete, lo que dejaría un campo excesivamente amplio a la apreciación subjetiva. Lo determinante es que la finalidad perseguida en última instancia por el autor no sea un lucro o beneficio de carácter privado (para el individuo o para una organización o grupo criminal), sino una finalidad política, de aplicación colectiva, cuyas consecuencias se extiendan también a personas que no han participado de la acción ni tiene por qué estar de acuerdo con ella ni con los fines que persigue.

Para tener una visión global del fenómeno, puede ofrecerse un breve repaso del estado de la cuestión relativa a la definición del terrorismo en el Derecho comparado y en el Derecho internacional, si bien, como se ha dicho, la finalidad de esta obra no es alcanzar por inducción una definición sintética del “terrorismo”, sino delimitar su concepto jurídico en el ordenamiento español.

2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE “TERRORISMO” CONFORME A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

2.1. La delimitación conceptual del terrorismo en el Derecho comparado y en el ámbito internacional

Vistas las dificultades para alcanzar una definición del terrorismo unánimemente aceptada, toda vez que la calificación de una acción como terrorista depende fundamentalmente de que así lo haga quien tenga autoridad para ello, en lugar de tratar de alcanzar una “definición” del terrorismo en el Derecho español por inducción de las normas positivas que lo regulan, resulta más útil interpretar la legislación española sobre la materia, contenida fundamentalmente en el Código Penal, atendiendo fundamentalmente a la letra de la ley, como impone el principio de legalidad penal, pero también a los antecedentes legislativos y a las características propias de la amenaza a la que pretende hacerse frente con esta legislación. De este modo, puede trazarse un marco que permita afirmar cuándo un delito es o no terrorista.

2.1.1. Derecho comparado

Respecto del estado de la cuestión en el Derecho comparado, es especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 2007, en la que se citan diversos preceptos legales correspondientes a distintos países de nuestro entorno, en los que se recogen los elementos tenidos en cuenta por cada ordenamiento a la hora de tipificar los delitos de terrorismo:

El Código Penal francés, en el art. 21.1, define el terrorismo diciendo, que: «son aquellas actuaciones individuales o colectivas cuyo objetivo sea alterar gravemente el orden público empleando la intimidación o el terror», (Sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur) y constituyan determinadas infracciones que cita.

Y el art. 421.2.1, dice que «constituye asimismo un acto de terrorismo la participación en un grupo formado o en una

organización creada para la preparación, revelada por uno o varios hechos materiales, de uno de los actos de terrorismo mencionados en los artículos anteriores».

El Código Penal alemán, contempla específicamente la constitución de la asociación terrorista en el artículo 129 a), considerándola así cuando sus fines o actividad se dirijan a cometer delitos de muerte, homicidio o genocidio y también delitos contra la libertad personal... o crímenes de peligrosidad general, incluyendo los incendios voluntarios, castigando tanto a los líderes como a los miembros y a quienes las apoyen o les hagan publicidad.

El Código Penal austriaco, recientemente afectado por la «Ley de modificación del derecho penal de 2002», castiga los actos terroristas individuales, como los que atentan contra la vida, la libertad personal (art. 89 y ss.), la amenaza grave (art. 107), o el incendio voluntario (art. 169 y ss.), y además prevé las infracciones de organización criminal. Así (art. 278 b), «toda persona que dirige una organización terrorista debe ser condenada a una pena de prisión de cinco a quince años (o de uno a diez años si se contenta con amenazar con la comisión de actos terroristas). Y el hecho de ser «miembro» de la asociación debe castigarse con pena de prisión de uno a diez años.

El Código Penal de los Países Bajos, modificado por el documento parlamentario 28 463, ha supuesto la entrada en vigor de la Ley sobre las infracciones terroristas, en 10-8-04. Con arreglo a ella la existencia de intención terrorista en el momento de la comisión del delito determina la imposición de una pena mucho más grave que la correspondiente al delito común. Penas mucho más graves están igualmente previstas para muchos delitos cuando son cometidos con una intención terrorista. Y ha venido a ser infracción penal la pertenencia a organizaciones terroristas.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña, la Ley Relativa al Terrorismo, del año 2000, define al terrorismo (art. 1º) como «la perpetración o la amenaza, dirigida a promover una causa política,

religiosa o ideológica, de cometer un acto determinado afectando gravemente a una persona o a un bien, poniendo en peligro la vida, amenazando gravemente la salud o la seguridad de personas o de grupos de personas, o teniendo por objeto perturbar o alterar gravemente el sistema electrónico, a los fines de influenciar o intimidar a la población o a una parte de ella.

El Código Penal italiano, especificando la finalidad terrorista, tipifica diversos delitos concretos como asesinato, homicidio, secuestro... Y en particular en el art. 416 bis se regulan las asociaciones de tipo mafioso, armadas o no armadas; y en el art. 419, dentro de los delitos contra el orden público, la devastazione e saccheggio (saqueo); y en el art. 421, se incluye la finalidad de pubblica intimidazione.

El Código Penal canadiense, de modo muy completo entiende por terrorismo los actos cometidos fuera o dentro de Canadá, previstos en las convenciones internacionales que se citan (de la ONU), con finalidad política, religiosa o ideológica y la intención en todo o en parte de intimidación del público o una parte de él en lo relativo a su seguridad, incluida la económica o de compeler a cualquier persona o autoridad a hacer o a abstenerse de hacer algo, que cause intencionadamente la muerte o lesiones graves, ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, cause daños en propiedades o afecte a servicios esenciales de la comunidad.

El Código Penal Federal de los EEUU de Norteamérica, define el terrorismo internacional como las actividades que impliquen: «Violents acts or acts dangerous to human life that are violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; appear to be intended to intimidate or coerce a civilian population; to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or to affect the conduct of a government by mass. destruction, assassination, or kidnapping; and occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in

terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum». Es decir, «los actos violentos o actos que pongan en peligro la vida humana y que sean una violación de las Leyes penales de los Estados Unidos o de cualquier Estado, o que supongan una violación penal cuando se cometieren dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos o de cualquier Estado; que tengan la intención de intimidar y coaccionar a la población civil; de influenciar a la policía de un gobierno mediante la intimidación o la coacción; o que afecten la conducta de un gobierno por destrucción masiva, asesinatos o raptos y que ocurran primariamente fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos, o trascienden las fronteras nacionales en cuanto a los medios por los que se haya consumado; las personas que en ellos aparezcan pretendiendo intimidar o coaccionar, o el escenario en que sus perpetradores operen o busquen asilo»⁴⁷.

Los textos transcritos denotan la existencia de dificultades para alcanzar una definición uniforme del fenómeno en el ámbito jurídico, si bien es habitual la referencia a “intimidar” o “coaccionar”, resaltando asimismo, en los países cercanos a la tradición jurídica continental, el elemento estructural u organizativo, mientras que los países anglosajones no se incide especialmente en esta característica.

Cabe no obstante señalar que las referencias ofrecidas, en un trabajo como el que nos ocupa, sólo pueden serlo a modo ilustrativo, a fin de tener una visión amplia de los distintos elementos que, atendiendo a las especificidades que el fenómeno terrorista ha presentado tradicionalmente en cada lugar, son tenidos en cuenta por los distintos Estados a la hora de configurar una noción jurídica del terrorismo. En el actual panorama, en cualquier momento, un atentado terrorista de entidad suficiente puede dar lugar a amplias modificaciones tanto de la letra de los textos legales como incluso de los principios mismos que los inspiran.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 19 de enero de 2007 (RJ 2007, 1771).

Finalmente, cabe mencionar cómo el moderno terrorismo yihadista, en cuanto que terrorismo internacional que amenaza al conjunto de países occidentales, determina que las legislaciones de los distintos Estados, en constante evolución, tiendan hacia una homogeneización que facilite, por ejemplo, la extradición o incluso la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia. Así, el art. 580 del Código Penal español, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2015⁴⁸, dispone que “En todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia”.

2.1.2. Derecho internacional

Sin perjuicio de que cada Estado se haya dotado de previsiones legales que le permitan luchar contra el terrorismo mediante la aplicación del Derecho penal en su ámbito interno, el problema de la falta de definición del fenómeno persiste en el ámbito internacional, donde resulta especialmente preocupante, precisamente porque el terrorismo actual se caracteriza por su carácter internacional.

Terrorismo internacional es, según REINARES, “en primer lugar, el que se practica con la deliberada intención de afectar la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. En segundo término, aquel cuyos actores individuales y colectivos hayan extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados. Sin esta última premisa, la anteriormente indicada sería condición necesaria pero no suficiente para delimitar el fenómeno”⁴⁹.

Aunque no exista una definición de terrorismo que abarque todas las variedades que han existido a lo largo de la historia y que atienda a las propias variaciones que ha venido experimentando –como pone de manifiesto MORAL DE LA ROSA⁵⁰–, ello no

48 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, conforme a su Disposición final tercera. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440

49 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Conceptualizando el terrorismo internacional», Real Instituto Elcano, Área: Terrorismo Internacional - ARI N° 82/2005 Fecha 01/07/2005. <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1/ARI-82-2005-E.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1>

50 Cfr. MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Centro

ha impedido la existencia de cierto consenso respecto de actos específicos de terrorismo, sobre todo en los tratados internacionales, en los que se ha considerado con carácter general que el terrorismo es una amenaza a la paz y seguridad internacional⁵¹.

Pues bien, pese a que existieron intentos anteriores de definir o cuanto menos de delimitar el concepto jurídico del terrorismo en el ámbito internacional⁵², siguiendo un

de Estudios Financieros, 2005, pág. 158.

51 La ONU, en su *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* propone la siguiente descripción del terrorismo, que debería incluirse en una futura definición del término: «Cualquier acto, además de los actos ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Documento A/59/565, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004. Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, págs. 53 y 54.

52 En la Conferencia de Varsovia de 1927 y luego en 1937, en el marco de la Convención de Ginebra para la prevención y represión del terrorismo del 16 de noviembre, comenzaron los intentos de definir el terrorismo. En esta última ciudad se definió el terrorismo, aunque el texto se refería sólo a “actos criminales” y no especificaba qué actos eran ilícitos en el contexto del terrorismo. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, HENRY: «El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de Derechos Humanos», *Díálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, ISSN 0124-0021, N.º. 32, 2010, págs. 77-90.

La Conferencia de Varsovia, de 1927, incluyó entre los delitos contra el derecho de gentes «el uso doloso de cualquier medio capaz de hacer correr un peligro común». Otras Conferencias Internacionales para la unificación del Derecho Penal también han dedicado considerable atención al concepto de terrorismo: III Conferencia (Bruselas 1930), IV Conferencia (París 1931), V Conferencia (Madrid 1933) y VI Conferencia (Copenhague 1935). Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988. Promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988. Documento BOE-T-1993-9770. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1993-9770>

En Aranzadi, Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 89/1993 de 12 de marzo (RTC 1993, 89).

Tras el asesinato del rey Alejandro I de Yugoslavia en Marsella, en 1934, por parte de separatistas croatas y macedonios, el gobierno francés había propuesto que la Sociedad adoptara un convenio contra el terrorismo. El texto de la convención se redactó en la Conferencia para la Represión del Terrorismo, que tuvo lugar en la sede central de la Sociedad de Naciones, en Ginebra, del 1 al 16 de noviembre de 1937. El artículo 1 define los actos de terrorismo como «actos criminales dirigidos contra un Estado, con la intención o el propósito de crear un estado de terror en la mente de un individuo, de un grupo de personas o del público en general». La convención especificaba el tipo de acciones antiestatales que debían ser consideradas actos de terrorismo (por ejemplo, el ataque a funcionarios públicos, jefes de Estado y sus familias o la destrucción de instalaciones públicas). Exigía a los Estados signatarios promulgar leyes que penaran este tipo de actos con la extradición cada vez que uno de sus ciudadanos cometiera un acto de terrorismo en un país extranjero. La convención nunca entró en vigor, en parte porque las disputas entre los Estados miembros sobre los artículos referidos a la extradición impidieron su ratificación. El documento se conserva en los archivos de la Sociedad, que se transfirieron a las Naciones Unidas en 1946 y se encuentran en su oficina de Ginebra. Se inscribieron en el registro de Memoria del Mundo de la UNESCO. La Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo de 1937 puede verse en la página web de la Biblioteca Digital Mundial: <https://www.wdl.org/es/item/11579/>

En 1972, el intento por definir el concepto de terrorismo, tampoco se logró, principalmente por

orden cronológico, puede hacerse referencia en primer lugar al Convenio Europeo de 27 de enero de 1977 para la Represión del Terrorismo⁵³ que, sin definir expresamente el fenómeno, enumeraba en su art. 1, como delito graves de terrorismo a efectos de extradición entre los Estados contratantes –junto con los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves firmado en la Haya el 16 de diciembre de 1970 y los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la Aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971– los siguientes: los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario; los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas; la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.

Merece destacarse también, el ámbito internacional, el Proyecto de Convención General sobre el terrorismo internacional, con el que desde 1996⁵⁴, se viene buscando

dos razones, los países Árabes junto a los africanos lo consideraban perjudicial para los movimientos de liberación que existían en sus países, ya que en la Resolución 3034 de 1972 la ONU se consideraba que los Movimientos de Liberación Nacional (MLN), en palabras de GARCÍA SAN PEDRO, “no podían ser confundidos con los grupos terroristas sino que tendrían la consideración de movimientos revolucionarios de masas”. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, HENRY: «El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de Derechos Humanos», *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, ISSN 0124-0021, N.º. 32, 2010, págs. 77-90.

Un listado más detallado de los distintos instrumentos internacionales en los que se ha intentado llegar a un acuerdo sobre el concepto del terrorismo se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 19 de enero de 2007 (RJ 2007, 1771).

53 Ratificado por España por Instrumento de 9 de mayo de 1980 y publicado en el «BOE» núm. 242, de 8 de octubre de 1980, páginas 22357 a 22360. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-21629>

54 Según tal Proyecto, cometería delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o daños a los bienes, lugares, instalaciones, o redes mencionados a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo. Citado por GONZÁLEZ AMADO, IVÁN: «El terrorismo: un delicado límite», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 27, N.º. 81, 2006 (Ejemplar dedicado a: *Memorias. XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal*

un consenso sobre la materia. Aunque tal proyecto pronto quedaría encallado por la imposibilidad de concretar qué actos han de calificarse como “terrorismo internacional”, pronto se aprobaría sin embargo el Convenio Internacional para la Represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997⁵⁵, en el que tras señalar qué debe entenderse, a efectos del Convenio, respectivamente, por «instalación del Estado», «instalación de infraestructura», «artefacto explosivo u otro artefacto mortífero», «fuerzas militares de un Estado», «lugar de uso público» y «red de transporte público», se dispone que *“comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e internacionalmente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:*

a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales;

b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un grave perjuicio económico” (art. 2).

Cabe mencionar la previa Resolución de la Asamblea General de la ONU de fecha 17 de febrero de 1995⁵⁶, que definía el terrorismo como *“Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”*. No obstante, es preciso también señalar que una Resolución de la Asamblea General, a pesar de su importancia simbólica, no implica ninguna obligación legal para los estados miembros⁵⁷. En cambio, un convenio internacional representa un compromiso obligatorio para todos los Estados que lo suscriben.

Supranacional), págs. 93-118.

55 Ratificado por España mediante Instrumento de 12 de enero de 1998 y publicado en el BOE nº 140/2001, de 12 de junio. <https://www.boe.es/boe/dias/2001/06/12/pdfs/A20547-20553.pdf>

56 Resolución de la Asamblea General A/RES/49/60 17 de febrero de 1995, párrafo 3. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/49/60>

57 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 10.

De ahí la importancia de que se incluyera una definición de acto terrorista en la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1999⁵⁸ y que entró en vigor en abril de 2002, conteniendo, en su artículo 2, dos tipos de conductas que constituyen terrorismo a los efectos de este Tratado: por un lado, por remisión a otros, considera terroristas las conductas consistentes en *“Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado”*⁵⁹ pero por otro, contiene una auténtica definición del terrorismo que engloba lo que ha de considerarse como tal, si bien únicamente –debe insistirse en tal aspecto– a efectos de este tratado: *“Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un*

58 Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000. http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf

59 Los Tratados enumerados en el anexo son los siguientes:

1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.

2. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.

4. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.

5. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3 de marzo de 1980.

6. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.

7. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

8. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.

9. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.

acto o a abstenerse de hacerlo”. Nótese cómo la redacción de la primera finalidad subjetiva perseguida por los delitos de terrorismo en el Código Penal español conforme al art. 573 tras su reforma mediante Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo está inspirada ya en dicha definición, al considerar finalidad terrorista “Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

En el ámbito de la Unión Europea, es de destacar también la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI)⁶⁰, posteriormente modificada por Decisión Marco 2008/919/JAI⁶¹, y en cuya redacción se inspira directamente la caracterización de los delitos de terrorismo que ofrece nuestro Código Penal en el art. 573 tras la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, según se afirma en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley, y sin perjuicio del antecedente de la anterior Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1999. La Decisión Marco de la Unión Europea establecía en su art. 1 que todos los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

60 Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en: «DOUE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7 (5 págs.). Referencia: DOUE-L-2002-81127. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2002-81127

61 Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en: «DOUE» núm. 330, de 9 de diciembre de 2008, páginas 21 a 23 (3 págs.). Referencia: DOUE-L-2008-82452. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82452>

- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;

b) atentados graves contra la integridad física de una persona;

c) secuestro o toma de rehenes;

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;

g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).

Finalmente, de nuevo en el ámbito de las Naciones Unidas, cabe mencionar, por su importancia en la configuración de los delitos de terrorismo en el Código español, la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014⁶², que como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2015, recogería la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a

62 Resolución 2178 (2014) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014, S/RES/2178 (2014). [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178\(2014\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178(2014))

cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito.

A la vista de los mencionados instrumentos internacionales, puede observarse que lo cierto es que ni en ellos (ni tampoco en nuestro Código Penal) se ofrece una definición sintética del concepto de “terrorismo”. Los citados textos se limitan por lo general a enumerar una serie de conductas que se consideran terroristas y que, en definitiva, para alcanzar plena efectividad, y dada la necesidad de calificación previa de los hechos como terroristas por las autoridades de cada Estado, han de ser tipificadas en los respectivos ordenamientos internos.

Esta indefinición del concepto de terrorismo en el plano internacional, –debida también en gran parte a la gran cantidad de formas que el fenómeno puede revestir– favorece en definitiva como denuncia MARTÍNEZ MUÑOZ⁶³, a los propios terroristas que, de ese modo disponen de un margen de actuación que les permite legitimar sus actividades ante la opinión pública.

63 Como pone de manifiesto el citado autor, “las dificultades de la definición provienen de que puede abarcar formas de guerrilla, asesinatos selectivos, bombas, daños, secuestros, amenazas, destrucciones, sabotajes económicos, tecnológicos, confusión de combatientes, asociaciones irregulares, indeterminación de los objetivos, con la posibilidad de solapar uno frente al poder y otro frente a la sociedad (el chantaje al gobierno y la autodeterminación), con conexiones extranjeras, enmascaramiento de los terroristas y de sus líderes, diversidad de grupos, posibilidad de que lo cometa el propio gobierno contra el que aparentemente van dirigidos, etc.; pero el principal problema es el carácter ideológico de los elementos conceptuales necesarios para la definición. Nociones como autonomía y autodeterminación, tolerancia, neutralidad, soberanía, crítica, desobediencia civil, huelga, derechos humanos y fundamentales proporcionan, por su indefinición y su vaguedad, tanto un enmascaramiento al terrorismo como un alternativo uso pro-terrorista de las mismas. Su repercusión en la legislación y en la jurisdicción es amplia. Todas esas nociones son ejes de la ideología, de modo que no podemos considerar que la dificultad definitoria sea desinteresada”. MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO: «El derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 689 y ss. (712-713).

Se hace necesario, por tanto, que un Estado que se define como Estado de derecho maneje siquiera un concepto de terrorismo válido dentro de los límites de su jurisdicción, que le permita hacer frente a este tipo de delincuencia, pues sería absurdo pretender una “concordancia planetaria” en torno a lo que se debe tener por terrorismo⁶⁴.

2.1.3. Derecho español

En España, no se define el “terrorismo” en ningún texto legal. Con ocasión de la resolución del Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988 promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988, el Tribunal Constitucional⁶⁵ ya tuvo ocasión de afirmar en Sentencia 89/1993, de 12 de marzo lo siguiente:

“En general, no cabe derivar directamente de la C.E. un deber del legislador de dar definiciones legales y, en nuestro caso, de definir el terrorismo. El legislador es libre de dar o no dar definiciones legales. Cuando las ofrece, obra así para reducir el campo semántico natural y eliminar significados posibles del definiendum. Si no las da, delega simplemente en los órganos encargados de aplicar el Derecho la determinación progresiva del concepto caso por caso, lo que, desde luego no prohíbe la C.E., ya que se trata de una actividad comprendida en la función de juzgar (art. 117.3 C.E.)”.

En relación con cuanto antecede, cabe añadir que tratar de alcanzar una definición del término “terrorismo” mediante inducción de las reglas contenidas en un determinado ordenamiento jurídico, en nuestro caso el español, es un ejercicio teórico

64 En este sentido, QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss. (91).

65 Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988. Promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988. Documento BOE-T-1993-9770. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1993-9770> En Aranzadi, Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 89/1993 de 12 de marzo (RTC 1993, 89).

que puede resultar enriquecedor para quien lo lleva a cabo. Sin embargo, desde el punto de vista práctico sólo será útil en la medida en que aporte elementos interpretativos seguros, que sin desviarse del sentido de la ley y sin contradecir otras normas o principios del ordenamiento jurídico de aplicación preferente, permita decidir si un determinado hecho criminal puede subsumirse o no en un tipo penal de terrorismo. Quizás por ello, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la interpretación judicial, que suple así la falta de una definición del terrorismo por parte del legislador. De este modo, es como se decanta un concepto jurídico de terrorismo, sin perjuicio de la necesaria concreción de los tipos penales, mediante la “determinación progresiva del concepto caso por caso”.

Si en materia penal -donde indefectiblemente ha de primar el principio de legalidad-, según el Tribunal Constitucional, el legislador está exento de dar una definición del terrorismo, habrá que pensar en primer lugar que tal definición resulta innecesaria desde el punto de vista práctico. De este modo, como se ha apuntado, lo importante será la determinación del concepto, pero no tratando de alcanzar una definición sintética, pues en virtud del principio de legalidad, los hechos a juzgar habrán de subsumirse en el tipo penal vigente y no en la definición doctrinal a la que se haya podido llegar, con más o menos acierto, por inducción del conjunto de normas positivas, por otro lado cambiantes. Lo más útil será, por tanto, concretar las pautas interpretativas que resulten más seguras, esto es, que más de adecúen al sentido literal de la norma penal que haya de aplicarse.

Por ello, simplemente a modo ilustrativo, pueden citarse un par de definiciones del terrorismo, que no sólo tienen en cuenta los aspectos técnico-jurídicos del fenómeno. Así, para ORTIZ ROBLES “el terrorismo es una expresión de violencia individual o de grupo dirigida a la implantación de un régimen de terror generalizado en la población o en un sector de ella cuyo objetivo final es la desestabilización de un sistema, con finalidad política, social y/o económica”⁶⁶. Y para ALONSO FERNÁNDEZ, por terrorismo se entiende “toda actividad criminal organizada, que produce actos de violencia física con miras a intimidar a un sector de la población, con la finalidad de

66 ORTIZ ROBLES, JOSÉ ESTEBAN: *Interpretación y valoración del terrorismo actual*, citada por Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 553, (entrada “terrorismo, definición”).

obtener ventajas políticas, económicas, religiosas y/o nacionalistas”⁶⁷. Nótese que se trata de definiciones que pretenden recoger los elementos fundamentales del terrorismo que son luego tenidos en cuenta en el ámbito jurídico, de modo que permiten un primer acercamiento al fenómeno, pero no resultan especialmente prácticas a la hora de interpretar y aplicar las normas penales.

Especialmente significativo resulta que el moderno *Diccionario del Español Jurídico* publicado conjuntamente por la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, de 2016, no contiene ninguna entrada llamada “terrorismo”⁶⁸.

Como se refiere en la citada Sentencia 89/1993 del Tribunal Constitucional, es la jurisprudencia la que contribuye a eliminar la ambigüedad de los términos empleados en el Código Penal para referirse al terrorismo⁶⁹. Concretamente, la STC 199/1987, citada en la anterior y como el propio Tribunal Constitucional refiere, lo hace remitiendo a “criterios objetivos en la determinación del concepto de terrorismo” contenidos en los instrumentos internacionales, “muy en particular el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977 ratificado por España «Boletín Oficial del Estado» de 8 de octubre de 1980”, a los efectos de poder apreciar la agravante de reincidencia internacional⁷⁰.

El Tribunal Supremo, por su parte, en Sentencia núm. 2838/1993, señalaría los dos ejes en torno a los cuales viene girando en nuestro ordenamiento el concepto jurídico del terrorismo, al afirmar que el concepto de “banda armada terrorista”, que debe ser interpretado de forma restrictiva, requiere para su existencia dos notas:

67 ALONSO FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «Fanáticos terroristas», citada por Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 554, (entrada “terrorismo, definición”).

68 Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA - CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Espasa, 2016.

69 Afirma el Tribunal Constitucional que “con independencia de la mayor o menor indeterminación del concepto en sí, la STC 199/1987, en los párrafos citados, y la jurisprudencia penal a la que la STC 199/1987 alude, crean un contexto jurisprudencial que, de acuerdo con la doctrina de las SSTC 133/1987 y 105/1988, eliminan de raíz todo reproche de exceso de ambigüedad”. Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988. Promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988. Documento BOE-T-1993-9770. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1993-9770> En Aranzadi, Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 89/1993 de 12 de marzo (RTC 1993, 89).

70 Cfr. Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 199/1987 de 16 de diciembre (RTC 1987, 199)

a) Una estructural consistente en un organización estable y nunca transitoria o de carácter ocasional

b) Un presupuesto teleológico de alteración del orden constitucional⁷¹.

Más específicamente, en relación con qué ha de entenderse por “terrorismo”, el Tribunal Supremo, en Sentencia 2/1997 de 29 de noviembre, afirmaría que, partiendo de la expresiva definición recogida en el *Diccionario* de la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, que se refería al terrorismo como «dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin», “*cabe exponer como fórmula definidora del mismo la de ser una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido*”⁷².

La Audiencia Nacional, en Sentencia 28/2000 de 20 de octubre, haciendo una síntesis de la doctrina constitucional existente, afirmaría que, de forma sintética, puede definirse el “fenómeno terrorista”, como “*violencia social o política dirigida a destruir el orden democrático constitucional (definición sintética que se extrae del derecho positivo y de la doctrina constitucional)*”. Esta definición “*incluye los rasgos que son propios del terrorismo: los medios empleados (violencia física, característicamente, los estragos y explosivos), el resultado producido (un clima de terror colectivo) y la finalidad política o social pretendida por sus autores (que se refleja, bien en la condición de las víctimas elegidas, bien, por el contrario, en el indiferentismo ante las mismas o también en la repercusión internacional de los actos realizados)*”⁷³.

71 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 2838/1993 de 14 de diciembre (RJ 1993, 9446).

72 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 2/1997 de 29 de noviembre (RJ 1997, 8535)

73 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), Sentencia núm. 28/2000 de 20 de octubre (JUR 2001, 44379).

2.2. Evolución histórica del concepto jurídico del terrorismo en España.

Aunque en el ámbito del Derecho Penal, la primera pauta interpretativa ha de ser la literal (*nulla poena sine lege*), el criterio de interpretación histórico de las normas no puede ser despreciado. Máxime cuando se trata de las normas sobre terrorismo, toda vez que la legislación promulgada contra este fenómeno ha evolucionado, como ninguna otra, en función de los cambios de la amenaza a que pretendía hacer frente⁷⁴.

Si bien el criterio histórico de interpretación se centra, por lo general, en el estudio de los antecedentes legislativos de la norma concreta, para una profunda comprensión del término “terrorismo”, se hace necesario tomar en consideración también el contexto jurídico y social en el que surge, así como su proceso de formación.

El estudio de la evolución de la legislación histórica antiterrorista en relación con las concretas manifestaciones del fenómeno que se ha pretendido combatir constituye el primer paso para la comprensión del significado del término en el ámbito jurídico y la interpretación de las normas que lo emplean. En este sentido, el Catedrático de Historia del Derecho que fuera Presidente del Tribunal Constitucional TOMÁS Y VALIENTE, tristemente asesinado el 14 de febrero de 1996 en su despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid por un miembro de la banda terrorista ETA, destacaba la importancia del conocimiento de la historia en para el estudio de las normas jurídicas afirmando que “No hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”⁷⁵.

Pues bien, dado que el terrorismo persigue la consecución de objetivos políticos empleando para ello medios criminales, y que la calificación de una actividad criminal como terrorista depende de que el poder dominante así la considere (tanto mediante la tipificación previa como mediante la interpretación o aplicación posterior de esas

74 Cabe recordar que, en el Derecho Español, en ninguna norma sustantiva o procesal se ofrece una definición del “terrorismo”. Únicamente, se describen en el Código Penal las diversas conductas criminales que, cuando se llevan a cabo con una determinada finalidad subjetiva encaminada a la consecución de un fin de tipo político, son consideradas terroristas. De hecho, la definición del terrorismo ha sido una cuestión controvertida desde que se empezara a emplear el término, pues como se ha puesto de manifiesto, se trata de un fenómeno complejo que ha sido enfocado, a lo largo de la Historia, desde perspectivas diversas.

75 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *Constitución: Escritos de introducción histórica*, editorial Clavero, Madrid, 1996, pág. 149.

normas), su regulación como delito (con sus elementos más o menos definidos) y las penas que se le asignan dependen, como ningún otro fenómeno delictivo, del régimen de poder existente en cada momento histórico. La legislación antiterrorista de España ha sido por ello prolija y cambiante⁷⁶.

La que puede considerarse la primera legislación antiterrorista española, fue promulgada a finales del siglo XIX, y estuvo claramente enfocada a la lucha contra el terrorismo de signo anarquista. Después, como se verá, fue fundamentalmente la actividad de ETA la que condicionó el desarrollo de la legislación sobre la materia, sin que puedan no obstante obviarse otras organizaciones terroristas, como los GRAPO. En los últimos tiempos, sin embargo, ha sido el terrorismo islámico y sus particularidades frente al terrorismo al que España estaba ya tristemente acostumbrada (principalmente la ausencia de estructuras definidas y la falta de objetivos políticos fácilmente identificables) el que ha determinado la configuración de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo⁷⁷ ha supuesto una reforma integral de tales delitos.

2.2.1. La primera legislación antiterrorista española. Legislación contra el terrorismo anarquista.

La que puede considerarse la primera legislación antiterrorista española se promulgó para combatir el fenómeno de los atentados cometidos por anarquistas. Por ello, para comprender el significado de esta legislación, resulta necesario hacer una cumplida referencia a este fenómeno y su repercusión en la España de finales del siglo XIX y principios del XX.

76 Pese a que se trata de un hecho fácilmente constatable, puede señalarse que así lo afirman expresamente, entre otros, QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss.; LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, adaptado al programa de la oposición a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 419 y ss.

77 «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

- El terrorismo anarquista

Siguiendo a BENEGAS HADDAD, puede decirse que los anarquistas son partidarios de la corriente político-social cuyo principio fundamental es la negación del Estado y de todo poder y autoridad. Aunque la mayoría de los pensadores del anarquismo -como PROUDHOM y STIRNER- se opusieron a las acciones violentas y apostaron decididamente por la vía sindical, otros como BAKUNIN, ante la situación de desventaja y represión del movimiento obrero, incitaron a la acción directa y a la llamada “propaganda por los hechos”, que en sus interpretaciones más radicales desembocó en acciones terroristas.

Las primeras acciones terroristas de los grupos nihilistas y anarquistas se produjeron en Rusia durante el decenio 1870-1880 en contra del régimen zarista y de miembros del ejército ruso. El grupo Narodnaya Volya asesinó al zar Alejandro II en 1881. La ejecución de acciones violentas de gran impacto social, fundamentalmente el asesinato de personajes conocidos de la política y de las élites dirigentes, pretendía concienciar a las masas y propagar su mensaje de emancipación. Desde Rusia esta estrategia se extendió a Estados Unidos y a países europeos como Italia, España y Alemania⁷⁸.

Como refiere JAVIER MARTÍN, se considera que la primera víctima del terrorismo anarquista en España fue Alfonso XII, a manos de Joan Oliva Moncasí, un joven catalán hijo de unos agricultores adinerados, el 25 de septiembre de 1878, cuando el joven monarca, de apenas 20 años, regresaba al Palacio Real de Madrid después de haber estado revisando la situación en el norte de la Península, dos años después de concluida la Tercera Guerra Carlista. Cabalgaba junto a su séquito, ya muy próximo a su destino, por la calle Mayor, ante una multitud enfervorecida que lanzaba vítores a la comitiva del rey, cuando escondido entre la multitud, a la altura del número 93, Oliva Moncasí disparó contra él dos veces con una pistola, si bien su nulo entrenamiento

78 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 48-52, (entrada “anarquismo”).

le hizo errar los dos tiros, no impactando ninguno contra el monarca ni contra ninguno de sus acompañantes. El terrorista fue ejecutado mediante garrote vil.

Un año después, Alfonso XII sería víctima de un nuevo atentado anarquista, esta vez a manos del joven panadero, de 19 años, Francisco Otero, quien al regreso de un paseo del monarca por el Retiro y cuando ya entraba éste con su faetón real al Palacio de Oriente, disparó casi a quemarropa, a menos de dos metros, contra el rey, fallando estrepitosamente el tiro. Francisco Otero declaró durante el juicio que su intención no era acabar con la vida del monarca sino llamar la atención mediante una acción espectacular y ser abatido por los guardias reales. El terrorista confesó querer quitarse la vida, pero no tener agallas para hacerlo motu proprio. Fue también ejecutado mediante garrote vil.

A partir de los años 90, se sucederían los ataques indiscriminados. En 1886, la sede de la organización patronal Fomento de la Producción Nacional en Barcelona sufrió un atentado con bomba que no causó daños personales, pero sí cuantiosos daños materiales. Tres años después, de nuevo en Barcelona, la familia Batlló, industriales de gran importancia de la burguesía de esta ciudad, resultó atacada. Un año después, de nuevo fue atacada la sede de Fomento de la Producción Nacional, y los atentados se sucederían a partir de 1890.

En junio de 1893, estalló una bomba en manos de un terrorista que se disponía a lanzarla en la casa del ex Presidente del Consejo de Ministros, Antonio Cánovas del Castillo. Tres meses después, durante la celebración del santo de la Princesa de Asturias, el 24 de septiembre de 1893, y durante un desfile militar organizado por el general Martínez Campos por la Gran Vía de Barcelona, el anarquista Paulino Pallás lanzó dos bombas contra el carro en que viajaba el militar, dando muerte a un guardia civil ya causando una decena de heridos.

Apenas un mes y medio después, la alta burguesía disfrutaba de la representación del Guillermo Tell de Rossini en el Teatro del Liceo barcelonés, cuando una bomba lanzada contra el patio de butacas causó 22

mueritos y 35 heridos en uno de los ataques anarquistas más sangrientos sufridos en España. Barcelona pasó a ser conocida como “la ciudad de las bombas”.

Dos años y medio después un anarquista lanzaba una bomba desde una ventana durante la procesión del Corpus Christie. Doce asistentes morían y 44 quedaron heridos de distinta gravedad⁷⁹.

Un año después, el italiano Michele Angiollo asesinaba a tiros a Cánovas del Castillo en el Balneario guipuzcoano de Cestona, donde pasaba unos días de descanso⁸⁰.

A finales del siglo XIX, el anarquismo era ya etiquetado como uno de los grandes peligros de España⁸¹. Mientras que desde comienzos del siglo XX, en el resto de países, este tipo de acciones violentas fueron disminuyendo por su propia ineficacia y por el aumento de las medidas de seguridad y de la vigilancia del movimiento anarquista, en España, en las dos primeras décadas del siglo XX, adquirieron mayor intensidad. El movimiento obrero español se vio muy influenciado por las ideas de Bakunin, y sectores minoritarios de los sindicatos españoles, especialmente la FAI (Federación Anarquista Ibérica), utilizaron la violencia para defender sus reivindicaciones. Se encontraron con la reacción violenta de las bandas de pistoleros organizadas por los empresarios para frenar las huelgas y manifestaciones de los trabajadores. A diferencia de lo que había ocurrido en Francia y otros países europeos, se produjo un rebrote de los atentados en los años 1904 y 1909, tanto en el ámbito urbano como en el rural. Cataluña fue el principal escenario del terrorismo anarquista, cuyo punto culminante de violencia tuvo lugar

79 Cfr. MARTÍN, JAVIER: «Terrorismo anarquista», Historia de Iberia Vieja, nº 137, págs. 32-35. ISSN 1699-7913.

80 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 112-113, (entrada “Cánovas del Castillo”).

81 Cfr. MARTÍN, JAVIER: «Terrorismo anarquista», Historia de Iberia Vieja, nº 137, págs. 32-35. ISSN 1699-7913.

durante la conocida como “Semana Trágica” de 1909. Desde España, este tipo de anarquismo violento se exportó a Hispanoamérica⁸².

El 12 de noviembre de 1912, el Presidente del Gobierno de España, José Canalejas, fue asesinado por los disparos del anarquista Manuel Pardiñas Serrano cuando se encontraba mirando el escaparate de la Librería San Martín, en la Puerta del Sol de Madrid. El asesino, al verse rodeado por la policía, se suicidó.

Como refieren APARICIO-ORDÁS y FANJUL, la técnica con que se llevaban a cabo los atentados anarquistas se reproducirá fielmente hasta nuestros días. En el terrorismo anarquista, un rasgo esencial sería el martirio, que también ha pasado a ser un elemento característico del terrorismo moderno, que ha recobrado especial importancia con los atentados suicidas llevados a cabo por los yihadistas⁸³.

Para el Código Penal de 1870⁸⁴, conforme a su art. 197, eran asociaciones ilícitas “las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública y las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos de este Código”. Tal previsión ha de ser puesta en relación con el proyecto sobre asociaciones anarquistas de carácter internacional, de abril de 1877, en cuyo preámbulo, su autor, el diputado Dánvila, afirmaba que “Toda asociación internacional, cualquiera que sea su denominación y especialmente las asociaciones internacionales de trabajadores, que tenga por objeto provocar la suspensión del trabajo, la abolición del derecho de propiedad, de la familia o de la religión, constituirá por el solo hecho de su existencia y de sus ramificaciones en

82 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 48-52 (entrada “anarquismo”) (51).

83 Cfr. APARICIO-ORDÁS GONZÁLEZ-GARCÍA, LUIS A. – FANJUL FERNÁNDEZ, M^a LUISA: «La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista», Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública. nº 53, Dirección General de la Guardia Civil, 2016. <http://iuisi.es/wp-content/uploads/2016/10/Cuadernos-n53.pdf>

84 Código Penal de 18 de junio de 1870. Gaceta de Madrid, 31 de agosto de 1870, pág.14. Puede consultarse el texto del Código Penal de 1870 en la página web del Área de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela: http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm

Un amplio estudio sobre dicho Código es el ofrecido por ANTÓN ONECA, JOSÉ en «El Código penal de 1870», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 229-252.

territorio español, un atentado contra la paz pública”. Aunque el texto no dejó de ser un proyecto frustrado de la futura legislación antianarquista⁸⁵, es una muestra del pensamiento jurídico dominante en la época, que determinó que la jurisprudencia dictada al amparo del art. 198.1 del Código considerase a las asociaciones anarquistas como ilegales⁸⁶. Por otro lado, puede observarse ya en tales ideas la voluntad de adelantar las barreras penales (“por el solo hecho de su existencia”) así como la voluntad de proteger el bien jurídico denominado “paz pública”, por más que a tal expresión, en la época, se le asignase un significado -al menos en apariencia- distinto al que se le puede asignar en la actualidad.

Pues bien, para castigar los atentados perpetrados por los anarquistas, se aplicaron en un principio las disposiciones del Código Penal de 1870, en concreto los arts. 561 y ss. en relación con el art. 572 CP. En virtud de tales normas, se podía imponer a los condenados por estos delitos, como máximo, la cadena temporal en su grado superior a cadena perpetua, ya que el último de los artículos citados hacía aplicable dicha pena (señalada en el art. 561 para el incendio) a los delitos o estragos cometidos por medio “de cualquier otro agente o medio de destrucción tan poderoso”.

En 1893 se dictaría la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1893, que afirmaba que:

“No son individuos aislados, sino sociedades secretamente organizadas, quienes mantienen ese foco de inquietud y extravío;

85 Cfr. ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO: «Legislación sobre asociaciones anarquistas en España, 1890-1910», Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCCH, Vol. 8, Nº1-6, págs. 71-86. 1981. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649354.pdf>

86 En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1884 y 8 de octubre de 1888 y Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1893. Cfr. APARICIO-ORDÁS GONZÁLEZ-GARCÍA, LUIS A. – FANJUL FERNÁNDEZ, M^a LUISA: «La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista», Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública. nº 53, Dirección General de la Guardia Civil, 2016. <http://iuisi.es/wp-content/uploads/2016/10/Cuadernos-n53.pdf>

La Sentencia de 28 de enero de 1884 declaraba no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la llamada Federación de Trabajadores, por la Sentencia de la Audiencia de Ronda, que los había condenado por asociación ilícita, fundamentando su decisión en que el art. 198 del Código Penal reputaba como asociaciones ilícitas a las que tuvieran por su objeto y circunstancias fuesen contrarias a la moral pública o tuviesen por objeto cometer algunos de los delitos penados en el Código, entendiéndose que los principios y fines de tal asociación (la anarquía, el colectivismo, la incentivación de la lucha del trabajo contra el capital y de los trabajadores contra la burguesía) eran contrarios a la moral pública. Cfr. ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO: «Legislación sobre asociaciones anarquistas en España, 1890-1910», Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCCH, Vol. 8, Nº1-6, págs. 71-86. 1981. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649354.pdf>

asociaciones a todas luces ilícitas, comprendidas en el art. 198 del Código Penal, cuyos individuos incurren en la sanción señalada en el art 199 y 200 de la misma ley. La denuncia de tales delitos traerá consigo la disolución de tales asociaciones, con gran ventaja de la paz pública y provecho de los mismos denunciantes. Quizás muchos de esos asociados ignoran que el mero hecho de serlo los vuelve reos de delito. De acuerdo V.S. con este punto con la autoridad civil, principalmente encargada de la justicia preventiva y con toda la policía judicial, no será difícil lograr que se reduzcan poco a poco las filas de estos delincuentes fanatizados, devolviéndoles sin gran violencia al seno de la ley y de la sociedad”⁸⁷.

Pero ante el recrudecimiento de los atentados y la alarma social que éstos producían, el Gobierno aprobó una legislación especial. El 3 de abril de 1894, el Gobierno de Mateo Sagasta presentó en el Congreso de los Diputados el “Proyecto de Ley sobre represión de delitos cometidos por medio de explosivos”, estimando la existencia de una urgente necesidad que hacía preferible optar por una ley especial en lugar de proceder a la modificación del Código Penal. Tal Proyecto culminó en la que es considerada la primera ley antiterrorista española: la Ley de 10 de julio de 1894, “sobre atentados contra las personas o daño en las cosas cometido por medio de aparatos o sustancias explosivas”⁸⁸, que imponía penas de muerte o cadena perpetua para quienes atentasen con bombas causando víctimas, o cuando las acciones se produjeran en lugares públicos, castigando asimismo la implicación en la fabricación, venta o colocación de explosivos, así como la colaboración o la apología de los mismos⁸⁹.

Esta primera Ley antiterrorista española consideraba ya que en los delitos de terrorismo existía un elemento estructural. El art. 8 establecía que “Las asociaciones en que de cualquier forma se facilite la comisión de los delitos comprendidos en esta ley, se

87 Cfr. ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO: «Legislación sobre asociaciones anarquistas en España, 1890-1910», Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCCH, Vol. 8, Nº1-6, págs. 71-86. 1981. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649354.pdf>

88 Gaceta de Madrid nº 192 de 11 de julio de 1894, Tomo III, pág. 155. <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1894/192/A00155-00156.pdf>

89 Ampliamente, sobre esta norma, APARICIO-ORDÁS GONZÁLEZ-GARCÍA, LUIS A. – FANJUL FERNÁNDEZ, Mª LUISA: «La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista», Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública, nº 53, Dirección General de la Guardia Civil, 2016. <http://iuisi.es/wp-content/uploads/2016/10/Cuadernos-n53.pdf>

reputarán ilícitas y serán disueltas, aplicándoles en cuanto a su suspensión lo dispuesto en la Ley de Asociaciones, sin perjuicio de las penas en que incurran los individuos de las mismas asociaciones por los delitos que respectivamente hubieran cometido”. No obstante, no se hacía una explícita mención de móviles subjetivos, que se encuentran implícitos en la comisión de las acciones previstas en la Ley. Ésta se limitaba a castigar, en su art. 1º, a “El que atentare contra las personas ó causare daño en las cosas, empleando para ello sustancias ó aparatos explosivos”, el art. 2º a “El que colocare sustancias ó aparatos explosivos en cualquier sitio público ó de propiedad particular para atentar contra las personas ó causar daño en las cosas”, así como a “El que empleare sustancias ó aparatos explosivos para producir alarma” y el art. 3º a “El que tenga, fabrique, facilite ó venda sustancias ó aparatos explosivos”. Se castigaba también la amenaza, la conspiración y la proposición (art. 4º) así como la amenaza con causar algún mal de los previstos en el art. 1º, aunque la amenaza no fuese condicional (art.5º). El art. 6º castigaba a “El que aun sin inducir directamente á otros á ejecutar cualesquiera de los delitos enumerados en los artículos anteriores, provocase de palabra, por escrito, por la imprenta, el grabado ú otro medio de publicación á la perpetración de dichos delitos” y el art. 7º establecía el castigo de presidio correccional para “La apología de los delitos ó de los delincuentes penados por esta ley”. En cuanto al tratamiento procesal de estos delitos, el art. 9º atribuía al Tribunal del Jurado el conocimiento de las causas instruidas por cualquiera de los previstos en esta Ley. Seguidamente, la Ley recogía toda una serie de preceptos procesales tendentes al acortamiento de la tramitación de estos procesos, estableciendo la preferencia absoluta para el enjuiciamiento de estos hechos, incluso cuando se hubiesen señalado otras vistas con anterioridad.

El 16 de junio de 1896, el Gobierno de Cánovas del Castillo presentaría ante el Congreso de los Diputados un nuevo Proyecto de Ley sobre “Represión de los delitos contra las personas y las cosas que se cometan o intenten cometerse por medio de explosivos o materias inflamables”, que culminaría en la Ley de 2 de septiembre de 1896⁹⁰, intitulada como “Ley para la represión de los delitos contra las personas y las cosas que se cometan o intenten cometerse por medio de explosivos o materias inflamables”. Para su aplicación se dictó, con carácter transitorio, el Real Decreto de 16

90 La sanción regia de la Ley se produciría el 29 de agosto, entrando en vigor el 2 de septiembre, procediéndose a su publicación en la Gaceta de Madrid con fecha 4 de septiembre de 1896.

Gaceta de Madrid, número 248 de 4 de septiembre de 1896, tomo III, pág. 825

de septiembre de 1896, organizándose mediante la Real Orden de 15 de septiembre, un cuerpo especial de Policía Judicial para el descubrimiento y persecución de los delitos comprendidos en la Ley⁹¹, y el 16 de septiembre se promulgó un Real Decreto-Ley “para la aplicación de la Ley llamada de represión del anarquismo”, que en su art. 4º limitaba las facultades gubernativas “para la supresión de periódicos y centros anarquistas, para el extrañamiento de los propagadores de ideas anarquistas y afiliados a asociaciones que establecía el artículo 8º de la ley de 10 de julio de 1894” sólo a las provincias de Madrid y Barcelona. No obstante, el 12 de agosto de 1897 se publicó en la Gaceta de Madrid el Real Decreto-Ley por el que se establece que las prescripciones de la Ley de 2 de septiembre de 1896, sobre tales facultades gubernativas se aplicarían desde entonces en todas las provincias del Reino⁹².

En el año 1899, cuando vencía el plazo de tres años de la Ley de 1896, Francisco Silvela (1843-1905), presidente del Consejo de Ministros y líder del Partido Conservador tras el asesinato de Cánovas del Castillo, dictó el 6 de septiembre el Real Decreto en el que se prolongaba por un año la vigencia de dicha Ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo séptimo de la misma⁹³. Se sucedieron luego diversas propuestas de modificaciones legislativas en los años 1900, 1904, 1906 y 1908, que detalladamente recopilan APARICIO-ORDÁS y FANJUL FERNÁNDEZ⁹⁴. Cabe señalar que además de la legislación de carácter especial, entre los años 1894 y 1912 se promulgaron en España una serie de decretos, circulares del Ministerio Fiscal y órdenes cuyo objeto será hacer frente al fenómeno del anarquismo y a sus actividades⁹⁵.

91 Ampliamente, sobre estas cuestiones, APARICIO-ORDÁS GONZÁLEZ-GARCÍA, LUIS A. – FANJUL FERNÁNDEZ, Mª LUISA: «La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista», Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública, nº 53, Dirección General de la Guardia Civil, 2016. <http://iuisi.es/wp-content/uploads/2016/10/Cuadernos-n53.pdf>

92 Gaceta de Madrid, número 226 de 14 de agosto de 1897, tomo III, pág. 591.

93 Gaceta de Madrid, número 250 de 7 de septiembre de 1899, número 850, pág. 894.

94 Cfr. APARICIO-ORDÁS GONZÁLEZ-GARCÍA, LUIS A. – FANJUL FERNÁNDEZ, Mª LUISA: «La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista», Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública, nº 53, Dirección General de la Guardia Civil, 2016. <http://iuisi.es/wp-content/uploads/2016/10/Cuadernos-n53.pdf>

95 En concreto, la Real Orden de 6 de abril de 1892 para el cumplimiento de la Ley de Asociaciones, en la que se insta a todos los poderes públicos a vigilar a las asociaciones obreras y verificar si éstas están constituidas con arreglo a la Ley y en caso contrario ordenar su disolución; la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1892 sobre la actividad de las asociaciones anarquistas; la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1893,

La Ley de 17 de octubre de 1934⁹⁶ estableció penas, entre otros, para “el que con propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social, utilizara sustancias explosivas o inflamables o empleare cualquier otro medio o artificio proporcionado y suficiente para producir graves daños, originar accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción terrestre o aérea”.

2.2.2. La legislación antiterrorista española durante el régimen de Franco.

Tras la Guerra Civil, bajo el régimen de Franco, en un primer momento se llamó terrorismo a la resistencia de grupos del ejército republicano. Luego, la lucha antiterrorista recayó sobre los denominados “maquis”, formados por guerrilleros organizados en el exterior, fundamentalmente en Francia por el Partido Comunista, que se introdujeron clandestinamente en España tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y se hicieron fuertes en zonas boscosas y de montaña, junto con células reorganizadas de partidos y sindicatos entonces clandestinos⁹⁷. Durante este periodo se sucedieron la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941⁹⁸ y la Ley de 2 de mayo de 1943 por la

que ordena castigar y perseguir los delitos que por medio de imprenta provoquen a la perpetración de algún delito o hagan apología de acciones calificadas como delito; la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1896 sobre los delitos cometidos en el ejercicio de los derechos de reunión y asociación; el Real Decreto de fecha 16 de septiembre de 1896 sobre competencia de la jurisdicción militar para los delitos perpetrados con el empleo de sustancias o aparatos explosivos o materias inflamables (artículo primero) y donde se establece que la Ley sólo se aplicará, por ahora, en las provincias de Madrid y Barcelona (artículo segundo in fine); el Real Decreto de 12 de agosto de 1897, con un único artículo que establece que la disposición del ya citado artículo cuarto de la Ley de 16 de septiembre de 1896, se aplicará “a todas las provincias del Reino”; y la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 13 de agosto de 1897 redactada con motivo del asesinato del presidente del Gobierno, Cánovas del Castillo. Cfr. ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA - LUIS ÁNGEL APARICIO: «Enfrentamientos asimétricos, la respuesta del Estado Español frente a la primera oleada de terrorismo moderno (1880-1902)», Boletín de Información del Ministerio de Defensa, ISSN 0213-6864, N.º. 322, 2011, págs. 112-150.
http://www.defensa.gob.es/ceseden/Galerias/destacados/publicaciones/Boletines_de_Informacion/ficheros/BOLETIN_DE_INFORMACION_DEL_CESEDEN_322.pdf

96 Gaceta de Madrid n.º 290, de 17 de octubre de 1934, página 379.
<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1934/290/A00379-00379.pdf>

97 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 98-99.

98 «BOE» de 11 de abril de 1941. <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/101/A02434-02444.pdf>

que se equiparaba al delito de rebelión militar las transgresiones de orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública⁹⁹.

No obstante, como reseña GONZÁLEZ CUSSAC, el término “terrorismo” se recogería por primera vez en un texto legal español en el Código Penal de 1944¹⁰⁰, en pleno auge de la brutal represión política inmediatamente posterior a la Guerra Civil española y todavía en plena Segunda Guerra Mundial. El Título “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, con tres artículos, presentaba una redacción que procedía esencialmente de la Ley de Seguridad del Estado de 1941. Los arts. 260, 261 y 262 presentaban una estructura similar construida sobre dos elementos: comisión de actos violentos (estrágos, sabotaje, explosivos, armas) y finalidad perseguida (atentar contra la seguridad del Estado o alterar el orden público, o bien el propósito de atemorizar a la población). El art. 263 contenía un delito de amenazas específico y las penas previstas llegaban hasta la reclusión mayor (30 años). Como destaca el citado autor, en esta etapa tuvieron gran incidencia los procesos militares, que arrastraban la competencia hasta la jurisdicción penal militar, con la aplicación de leyes militares en procedimientos sumarísimos, si bien, teóricamente, los delitos de terrorismo también estaban atribuidos a la jurisdicción ordinaria y regulados en el Código Penal¹⁰¹.

Posteriormente, se aprobó el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, sobre Rebelión militar y bandidaje y terrorismo¹⁰², nacido en un nuevo contexto internacional, tras la victoria aliada sobre los regímenes fascistas en la Segunda Guerra Mundial, las sanciones de la ONU a España y su consiguiente aislamiento. Con esta norma, se trataba de dar respuesta al fenómeno del maquis, al que no se denominó sin embargo “terrorismo”, sino una forma de “bandolerismo”. GONZÁLEZ CUSSAC destaca de esta ley especial, el extraño maridaje entre bandidaje y terrorismo -consideradas las

99 «BOE» de 16 de marzo de 1943. <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1943/075/A02384-02385.pdf>

100 Puede consultarse su texto íntegro en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/1944.htm>

101 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 99.

102 Expresamente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. «BOE» núm. 310, de 27/12/2007. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22296>

especies más graves de delitos-, así como la atribución de competencias a la jurisdicción militar y la tremenda vaguedad en la descripción de las conductas, lesiva de la más elemental seguridad jurídica¹⁰³. El elemento finalístico pasó a ser “atentar contra la seguridad pública”, y las penas previstas eran severas: muerte en los casos más graves y reclusión mayor a muerte en los demás. Cabe también mencionar que se contenían excusas absolutorias para los que delatasen a sus compañeros.

Del citado Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 se pasó al Decreto de 21 de septiembre de 1960, que revisaba y unificaba la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947¹⁰⁴. Se trata de un texto casuístico que agrupa conductas dispares tales como bandidaje, secuestro, robo violento o rebelión militar, arrastrando ésta conceptualmente a las demás.

La Ley 154/1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público¹⁰⁵ declaró derogadas todas las disposiciones del Decreto-Ley de 1960 que no regularan de forma específica los supuestos de la vieja Ley de Bandidaje y Terrorismo, pasando su tipificación al Código Penal común.¹⁰⁶ Con tal norma, que abrió la posibilidad de que los tribunales civiles juzgaran este tipo de delitos. No obstante, debido a la muerte de Melitón Manzanas y el estado de excepción consiguiente, desde el Decreto-ley 9/1968, de 16 de agosto, sobre represión del bandidaje y terrorismo¹⁰⁷, la jurisdicción militar se hizo cargo de nuevo de los asuntos políticos. Al amparo de esta norma se celebró el Consejo de guerra conocido como “proceso de Burgos”, en el que fue juzgada la dirección de ETA¹⁰⁸.

103 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 99.

104 https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1960-30045500459 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Decreto de 21 de septiembre de 1960, revisando y unificando la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947

105 «BOE» núm. 291, de 5 de diciembre de 1963, páginas 16985 a 16987. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1963-22622

106 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 100.

107 «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 1968, páginas 12192 a 12192. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1968-1016

108 El Consejo de guerra celebrado en Burgos entre los días 3 y 8 de diciembre de 1970 juzgó a la

Más tarde, la Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia Militar¹⁰⁹, modificó la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público¹¹⁰, y sometió el enjuiciamiento de los delitos considerados terroristas al Código y a la jurisdicción militares si las acciones habían sido cometidas por “grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia”, atribuyéndose a la jurisdicción ordinaria si se trataba de acciones producidas “de modo episódico e individual”. No obstante, la decisión sobre la competencia correspondía a la jurisdicción militar, en virtud del art. 294 bis d), que se añadió al Código de Justicia Militar en el nuevo capítulo sobre delitos de terrorismo. El terrorismo se caracterizaba por ser el delito cometido por “Los que, perteneciendo o actuando al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, alterasen la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos” (art. 294 bis, a)¹¹¹.

dirección de ETA que había sido detenida en distintas operaciones durante el año anterior. El sumario 31/69 constaba de cinco mil páginas, en las que se acusaba a dieciséis personas y detenidas y a otras tantas en el exilio, de pertenecer a ETA.

Mientras duró el juicio, ETA V secuestró al cónsul alemán en San Sebastián, Eugen Beihl, como medio de presión para evitar la ejecución de sus militantes. ETA VI (otra rama de la por entonces dividida ETA) preparó una fuga de la cárcel de Burgos, la operación Botella, que fracasó.

La respuesta popular fue una de las claves del juicio. El proceso movilizó a la opinión pública internacional, y lo que pretendió ser un escarmiento público se transformó en un duro revés para el régimen dictatorial de Franco. En toda España se convocaron manifestaciones contra el régimen (...). El día 25 de diciembre ETA liberó al cónsul honorario alemán en San Sebastián Eugen Beihl. El 28 se dio a conocer la sentencia por la que el consejo de guerra impuso a los acusados penas superiores a las solicitadas por el fiscal. (...) Franco conmutó las penas de muerte. La mayoría de los condenados salieron de prisión para cumplir extrañamiento fuera de España en 1977 antes de las elecciones del 15 de junio. Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (entrada “Burgos, Proceso de), págs. 107-108.

109 «BOE» núm. 274, de 16 de noviembre de 1971, páginas 18414 a 18415. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1971-1452

110 «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1959, páginas 10365 a 10370. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1959-10346>

111 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 101.

La Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal¹¹² revisó los tipos penales de terrorismo, derogando a la vez las anteriores leyes de 1943, 1947 y 1960, que fueron refundidas en esta reforma. Se introdujo en el Código la previsión que consideraba asociaciones ilícitas a “Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional, para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional” y “Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin algunos de los señalados en el número 2.º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las Leyes” (nueva redacción de los apartados 2º y 5º del art. 173). Se dio también una nueva redacción al art. 174, que a juicio de GONZÁLEZ CUSSAC, suponía una suerte de delito menor de terrorismo, que trataba de castigar específicamente la creciente protesta social y política, con acciones de toma de fábricas, templos o centros de enseñanza¹¹³.

La última disposición dictada en vida de Franco fue el Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo¹¹⁴, que aunque no modificó las conductas descritas en el Código de Justicia Militar y en el Código Penal, sí añadió importantes agravaciones o tipos específicos. Puede citarse la contenida en su artículo 1.º, que

112 «BOE» núm. 274, de 16 de noviembre de 1971, páginas 18415 a 18419. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1971-1454

Cfr. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. «BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, páginas 24004 a 2401. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>

113 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 101.

En concreto, se modificaba el art. 174 CP, que desde entonces señalaría que “Si la asociación (ilícita) tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o Directores, y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes.

Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieran de gravedad o la asociación no hubiera llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado.

Asimismo, incurrirían en penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas “Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieran la fundación, organización o actividad de las asociaciones, grupos, organizaciones, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior.

114 «BOE» núm. 205, de 27 de agosto de 1975, páginas 18117 a 18120. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1975-18072>

agravaba la pena de los delitos de terrorismo contenidos en el Código de Justicia Militar (arts. 294 bis a) a 294 bis e)) y en el Código penal (arts. 260 a 264) cuando se cometiesen contra Autoridades, sus Agentes o Fuerzas Armadas o de Seguridad y demás funcionarios públicos, casos éstos en los que debía imponerse el grado máximo e incluso la pena de muerte si del delito resultase la muerte de estas personas. Conforme al art. 2.º del Decreto-Ley, la pena de muerte debía aplicarse igualmente cuando en un secuestro se ocasionase la muerte o mutilación del secuestrado. Asimismo, se establecía que los procedimientos que correspondían a la jurisdicción ordinaria (Juzgados y Tribunal de Orden Público, creados por la Ley 154/1963, de 2 de diciembre) debían tramitarse por las normas del procedimiento de urgencia. Los correspondientes a la jurisdicción militar se tramitarían por el procedimiento sumarísimo, y como especialidades procedimentales se señalaban la prioridad en la tramitación (art. 12), el establecimiento de plazos comunes para la instrucción y calificación y la fijación de normas para evitar que la renuncia de los defensores dificultase la tramitación del procedimiento (arts. 17 y 18)¹¹⁵. Del Decreto-Ley de 1975, cabe asimismo destacar el paquete de medidas de derecho administrativo sancionador tanto en materia de orden público como en especial sobre la libertad de expresión (censura previa gubernamental)¹¹⁶.

2.2.3. Regulación tras la muerte de Franco. Influencia de ETA y los GRAPO en la legislación antiterrorista.

Ya durante los últimos años del franquismo, pero sobre todo después, en el periodo conocido como la Transición, las alusiones al terrorismo en España han estado directa o indirectamente referidas a la organización terrorista ETA. La influencia de la actividad de esta banda en la legislación antiterrorista ha sido determinante hasta el año 2015, cuando se aprobó la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del

115 Cfr. DÍAZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER: «Los delitos de terrorismo y la creación de la Audiencia Nacional (1977-1978)», en *La transición a la democracia en España: actas de las VI Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos*, Guadalajara, 4-7 de noviembre de 2003, Vol. 2, 2004 (COMUNICACIONES: CD-Rom), ISBN 84-931658-9-1. <http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/ceclm/websCECLM/transici%C3%B3n/PDF/03-01.%20Texto.pdf>

116 En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 101.

Código Penal en materia de terrorismo¹¹⁷, que por primera vez en muchos años no se promulgaba para luchar contra el terrorismo etarra, sino contra el yihadista.

Si bien es evidente que no es éste lugar donde pueda abordarse, con el detalle que ello requeriría, la historia y el significado de ETA en España, también lo es que, siendo el terrorismo un concepto histórico, no puede comprenderse el significado de este término en el Derecho español sin tener presente, siquiera someramente, el significado y las finalidades pretendidas por la organización terrorista que más ha influido en la evolución de este concepto jurídico, pues la lucha contra tal organización ha sido, desde antes de la Constitución de 1978, la que ha marcado las líneas de política criminal a seguir en materia de terrorismo. Resulta necesario, por tanto, ofrecer unas pequeñas pinceladas sobre esta organización.

- ETA

Partiendo de la definición ofrecida en el *Diccionario de Terrorismo* de BENEGAS HADDAD, puede decirse que ETA (en euskera, “Euskadi ta Askatasuna”, lo cual se puede traducir como “Patria Vasca y Libertad”) es una organización terrorista vasca que, junto con el IRA, ha resultado ser uno de los grupos europeos más activos y de más larga trayectoria. Surgió el 31 de julio de 1959 como resultado de la fusión de un pequeño grupo de estudiantes de la Universidad de Deusto (Vizcaya), llamado Ekin, y de miembros disidentes de EGI, las juventudes del Partido Nacionalista Vasco, entre los que se encontraban Julen Madariaga y José Luis Álvarez Emparanza¹¹⁸. Respecto de su consideración en el ámbito jurídico como organización terrorista, el Tribunal Supremo afirmaría en Sentencia 633/2002 de 21 de mayo que ETA tenía y tiene por finalidad “obtener la independencia de Euskadi, no como opción ideológica, que como tal puede tener cabida en el marco del

117 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, conforme a su Disposición final tercera. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440

118 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (entrada “Euskadi ta Askatasuna”), pág. 177.

pluralismo político que es uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino como imposición de una opción que excluye las demás y busca el exterminio del pluralismo ideológico mediante los más graves actos de aterrorización social”¹¹⁹.

AVILÉS FARRÉS, siguiendo a estudiosos como Florencio Domínguez Iribarren e Ignacio Sánchez-Cuenca señala que en la evolución estratégica de ETA pueden distinguirse tres etapas sucesivas, que pueden denominarse etapa de guerra revolucionaria, etapa de estrategia de desgaste y etapa del frente nacionalista. Durante la primera, que iría aproximadamente desde 1968, año en que se inició su campaña de atentados, hasta 1978, el año en que se aprobó la Constitución, la estrategia de ETA se inspiró en las guerras revolucionarias del Tercer Mundo y concibió las acciones terroristas como el detonante de una insurrección armada, mediante la cual el pueblo vasco arrancaría su independencia al Estado español. La segunda etapa, denominada de desgaste, se basó en la presunción de los terroristas de que la presión terminaría por inducir al Estado a renunciar a sus principios y ceder a las presiones de ETA. En esta estrategia el terrorismo no representa ya una fase previa, que a través de una espiral de acción y represión termina por provocar una insurrección masiva, como se suponía en la primera etapa, sino que representa el elemento esencial que habría de conducir directamente a la victoria. La tercera etapa estratégica respondió a la suposición de que una alianza con las fuerzas nacionalistas no violentas, basada en el repudio por parte de éstas del marco autonómico en el que hasta entonces habían actuado, permitiría una marcha unilateral hacia la independencia, cuyo amplio respaldo popular dejaría al Estado sin posibilidad de respuesta¹²⁰. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 mayo 2011 se hace un escueto análisis de esas fases estratégicas por las que ha pasado ETA, señalando el ciclo comprendido entre 1965-1974 como el de “acción-represión-acción”. Anteriormente (1961-1965) la

119 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 633/2002 de 21 de mayo (RJ 2002, 6715).

120 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, págs. 35-37.

estrategia habría sido la de “guerra revolucionaria”. Con posterioridad, el ciclo comprendido entre 1974-1992/95 correspondería a la “línea negociadora” y el comprendido entre 1995 y 2009 se califica de “acción alternativa en busca de un acuerdo táctico y estratégico (Estado español/Euskal Herria)”¹²¹.

En un principio, los blancos de las acciones de ETA habían sido miembros de las fuerzas de seguridad del régimen franquista y del ejército y personajes de relevancia, atacados mediante atentados selectivos y discriminados con los que se pretendía desestabilizar el régimen y obtener una propaganda de difusión de sus objetivos a través del asesinato de personalidades importantes. Era una forma de dar a conocer su “causa” y de provocar una reacción social, como pasó con el asesinato de Melitón Manzanas y con el de Carrero Blanco. El primer atentado de ETA se produjo en 1968, cuando asesinaron al policía José Pardines, aunque con anterioridad habían protagonizado ya algunas acciones violentas¹²².

Cinco años antes de que comenzara su campaña de asesinatos, los primeros etarras mostraron ya su voluntad de imponerse mediante el terrorismo, según un cuaderno de formación publicado a fines de 1963, en el que ETA abordó por primera vez la guerra revolucionaria y en el que se afirmaba que

*“no puede haber terror sin una preparación escénica de tragedia, sin un romanticismo de la muerte. El poder se toma por fascinación. La justicia puede entusiasmar, la libertad puede producir héroes, pero ni la una ni la otra fascinan. Sólo la invocación y el hecho eminente de una gran tragedia colectiva es capaz de suscitar fascinación”*¹²³.

121 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 1 mayo de 2011 (RJ 2011, 7365).

122 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (entrada “Euskadi ta Askatasuna”), págs. 177 y ss.

123 Texto citado AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 22.

Fue tras el cambio de régimen, a la muerte de Franco, cuando ETA fue adoptando una estrategia cada vez más dura y comenzaron los atentados indiscriminados¹²⁴.

Como refiere AVILÉS FARRÉS, ETA ha sido una de las organizaciones terroristas mundiales de vida más prolongada. “A esa capacidad de perdurar ha contribuido el hecho de que se trata del elemento dirigente de una compleja trama en la que se articulan de forma flexible un gran número de entidades, clandestinas unas, legales otras. Estamos pues, ante una estructura del tipo que los estudiosos denominan en red y en concreto ante una red de las denominadas en forma de estrella, en la que todos sus elementos se articulan en torno a un núcleo central, que en este caso es la banda armada, y el conjunto se articula de una coordinadora que desde 1975 hasta 1998 se denominó Koordinadora Abertzale Sozialista (KAS) y más recientemente se denominó Ekin. El conocimiento que se tiene de esta estructura en red procede de la copiosa documentación incautada a ETA en Francia, que sirvió de base para la apertura del sumario 18/1998, instruido por el Juez Baltasar Garzón en la Audiencia Nacional”.

En efecto, en el seno del mencionado procedimiento, del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, se dictó el auto de fecha 20 de abril de 1998, que supondría un importante cambio de enfoque en la lucha, al señalar lo siguiente:

“La organización sobre la organización terrorista ETA -uno de los ejemplos más genuinos de lo que es una organización delictiva compleja que se desarrolla a través de diversos frentes (militar, institucional, de masas...)- normalmente ha sido abordada de forma parcial, concretándola al ámbito de la faceta denominada “armada” o “militar”, desarrollada a través de la ejecución de actos reiterados contra la vida, la libertad, la seguridad e integridad de las personas, y contra el patrimonio entre otros”. Sin embargo, “la configuración actual de la

124 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (entrada “Euskadi ta Askatasuna”) págs. 177 y ss.

organización terrorista no puede ser reducida a la concepción como una organización armada, sino que paulatinamente ha ido sumando elementos y ha conseguido crear un movimiento político que da sentido y explicación a sus postulados. En el vértice de ese movimiento, que recibe el nombre de Movimiento de Liberación Nacional Vasco, se sitúa ETA y una estructura ilegal creada en 1975 que recibirá el nombre de Koordinadora Abertzale Sozialista (KAS), en una situación de codirección subordinada de ésta a aquélla dentro de una misma organización terrorista”¹²⁵.

Como más recientemente ha declarado el Tribunal Supremo (en Sentencia de 19 de noviembre de 2015), la organización terrorista había alcanzado una gran complejidad, de manera que *“utiliza para la consecución de sus fines no solo la violencia y el terror encomendados a grupos que, aunque clandestinos, son bien identificados en su naturaleza y características, sino también otros medios que son puestos en práctica a través de grupos, asociaciones o similares que, aunque parecen legítimas en su acción política, que en sí misma no es delictiva, sin embargo obedecen las consignas y funcionan bajo su dirección. Es, pues, la organización globalmente considerada la que es terrorista en cuanto se dedica a la comisión de actos de esta clase, y de la que dependen otros grupos que, formando parte integrante de aquélla, contribuyen de otras variadas formas a la consecución de sus fines bajo su misma dirección”¹²⁶.*

125 Auto de 20 de abril de 1998 dictado en el Sumario 18/98-W del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional por el Juez BALTASAR GARZÓN, citado en DOMÍNGUEZ IRIBARREN, FLORENCIO: *Las operaciones contra el entorno político de ETA. Claves de una derrota*, Cuadernos de la Guardia Civil nº 75, Aniversario. Servicio de Información, Dirección General de la Guardia Civil, 2016, págs. 47-62. http://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local_repository/documents/18266.pdf

126 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 716/2015 de 19 de noviembre (RJ 2015, 5192).

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) de 19 de enero de 2007 (RJ 2007, 1771), ya había establecido que JARRAI-HAIKA-SEGI constituye una organización estable en el tiempo, desenvolviéndose desde 1978 a 2001; y que, lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política, dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados; utiliza artefactos explosivos o incendiarios; causa daños, coacciones y amenazas, mediante lanzamientos de artefactos incendiarios, menoscabos de

La Audiencia Nacional, en la Sentencia de 20 de junio de 2005, había declarado por su parte los siguientes hechos probados, que resulta especialmente ilustrativa acerca de la consideración jurídica de ETA y la forma en que se organizó y desarrolló su actividad terrorista:

“Probado, y así expresamente se declara, que entre 1968 y 1974 la organización Euskadi Ta Askatasuna (ETA.) –organización dotada de armas y explosivos que, con invocados objetivos "abertzales", persigue la destrucción del Estado de Derecho en que España se ha constituido, atacando la vida, la integridad física y la situación patrimonial de las personas– estuvo configurada en cuatro frentes de actuación; un "frente militar", un "frente político", un "frente obrero" y un "frente de masas". Conscientes de la vulnerabilidad que este planteamiento frentista presentaba desde los ámbitos policiales y judiciales, en noviembre de 1974 la referida organización ETA difundió y publicó, con patente notoriedad, un "agiri" o manifiesto en el que se explicaban las razones por las que iniciaba una fase o proceso de "desdoblamiento estructural" que está en el origen del llamado "Movimiento de liberación nacional vasco" (M.L.N.V.), de forma que la denominación "ETA" se reservaba para el uso exclusivo del antiguo "frente militar", mientras que el resto de los "frentes" – aprovechando la transformación política que se operaba en el Estado Español– pasaban a la "legalidad", entendiendo por tal la utilización del marco normativo ahora establecido –marco juridicopolítico de corte democrático– para la obtención, a toda costa, de los objetivos tácticos y estratégicos enderezados a la consecución de un "Estado socialista, vasco, independiente, reunificado y euskaldun". Además del designio ya expuesto, con la estrategia del "desdoblamiento" se pretendía la optimización del limitado número de elementos individuales con los que contaba, pues la actuación multisectorial de

vehículos de transporte público, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de contenido e intención conminatorios; y, además, que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA. Se matiza después que la “dicotomía” -de la que habla la sentencia de instancia revisada- entre la organización armada y sus satélites, de ningún modo empaña la calificación de “terrorista”, dada la finalidad y contenido de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada.

dichos elementos aumentaba realmente el número de efectivos personales actuantes en la consecución de aquellos objetivos, dado que facilitaba la "doble militancia", o incluso de la "multimilitancia", de unas mismas personas en entidades sectorialmente diversas a las que dichas personas se encargaban de dirigir hacia los ya descritos objetivos tácticos y estratégicos finales.

Con el propósito inicial de agrupar a todas las organizaciones y grupos de izquierdas y "abertzales", en 1975 se constituyó la Koordinadora Abertzale Sozialista (K.A.S). Sin embargo, paulatinamente esa estructura, de amplio espectro coordinador, fue transformándose hasta que –abandonada por los grupos más alejados de la órbita de ETA y de sus específicos métodos de actuación– quedó reducida a una plataforma coordinadora de los cuatro antiguos "frentes" de actuación que ya han quedado descritos pero con configuración más reciente: "frente militar" –ETA– y los tres "frentes" restantes –político, obrero y de masas– inscritos ahora en la "legalidad" instrumentalizada en la forma que también ha quedado ya explicada. Como consecuencia de la necesidad de contar con una "organización juvenil de nuevo cuño", en 1978 y en el seno de KAS se constituyen las Juventudes de KAS, denominación que, en su primer congreso, se sustituye por la de Jarrai. La constitución de Jarrai es saludada por el aparato político de ETA en su publicación Zutabe de agosto de 1978, dada la posición preponderante que dicha organización tenía respecto de las demás organizaciones integradas en KAS –sucedida por Ekin en 1999–; entre ellas, Jarrai en su diferentes denominaciones sucesivas: Haika y Segi; de esta forma, la organización juvenil cronológicamente y secuencialmente denominada primero Jarrai, luego Haika y después Segi formó parte integrante de KAS quien, a su vez y como ya se ha dicho, cambió su denominación por la de Ekin a partir de 1999. Así pues, la relación de KAS – Ekin con Jarrai-Haika-Segi atravesó tres etapas o fases: una primera (1978-1994) en la que la organización juvenil tiene una muy escasa participación en el

órgano coordinador; una segunda (1994-1998) dotada de las siguientes características (...) ¹²⁷”.

También el Tribunal Supremo se ha referido específicamente a la denominadas “estrategia del desdoblamiento” ¹²⁸, e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha señalado, en Sentencia de 30 de junio de 2009, que ETA ha utilizado una estrategia de “desdoblamiento orgánico estructural”, de modo que existiendo un único sujeto, ETA/BATASUNA, sus integrantes se repartían las tareas a realizar para la consecución de sus objetivos en virtud de una táctica denominada como “desdoblamiento estratégico” o “desdoblamiento funcional”, ideado por la banda terrorista ¹²⁹.

La Posición Común 2003/482/PESC del Consejo de la Unión Europea ¹³⁰ incluía entre las organizaciones terroristas a Euskadi Ta

127 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), Sentencia núm. 27/2005 de 20 de junio (JUR 2008, 356952).

128 Cfr. Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), Sentencia de 27 marzo de 2003 (RJ 2003, 3072) y Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), Auto de 30 marzo de 2011 (RJ 2011, 7364). En la primera de las mencionadas se explica que la realidad de la estrategia del desdoblamiento “se desprende, sin que quede lugar a la duda, de la propia documental existente en Autos. Así, el documento denominado «KAS Bloque Dirigente», tantas veces referenciado, bajo el título «Acerca del desdoblamiento», expresa que fue esencialmente en el debate producido en ETA en 1974, que trajo como consecuencia la escisión, y posteriormente en la VII Asamblea de ETA (Político-Militar) en 1976, el momento en el que surgió «el rechazo autocrítico a continuar ejercitando una actividad de masas y una actividad armada bajo el prisma de la unidad orgánica». En dicho documento se destaca que «lo importante al respecto es constatar que nace del propio seno de ETA la iniciativa a formular ese desdoblamiento orgánico-estructural entre la actividad armada y la actividad de masas que, en el transcurso del tiempo, irá dando paso al ordenamiento concreto en el ámbito de la izquierda abertzale de partidos políticos y organismos obreros y populares». Añade luego, ese mismo documento, la mención que sigue: «Así y todo, en la medida del repliegue de actividades de ETA al campo exclusivo de la lucha armada, veíamos claro que se producía una pérdida de capacidad para el ejercicio de esa Dirección entre las masas» (pg. 38), una situación que, como ya ha sido visto, conduce a la creación de la organización delegada KAS”.

129 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España por la disolución e ilegalización debido a la aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Sentencia de 30 junio 2009 (TEDH 2009, 70). En esta Sentencia se declara que no ha habido violación del artículo 11 del Convenio (libertad de reunión y de asociación), así como que no ha lugar a examinar separadamente las quejas relativas al artículo 10 del Convenio (libertad de expresión).

130 Posición Común 2003/482/PESC del Consejo, de 27 de junio de 2003, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2003/402/PESC. Diario Oficial n° L 160 de 28/06/2003 pág. 0100-0103. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003E0482:ES:HTML>

Como parte de su respuesta contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, en diciembre de ese mismo año la Unión Europea estableció una lista de personas, grupos y entidades implicados en actos terroristas y sujetos a medidas restrictivas. Estas medidas, fijadas en la Posición

Askatasuna/Tierra Vasca y Libertad, señalando que las siguientes organizaciones forman parte del grupo terrorista ETA: Kas, Xaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras Pro-amnistía, Askatasuna y Batasuna (alias Herri Batasuna, alias Euskal Herritarrok). No obstante, ETA ya había sido declarada organización terrorista por la Unión Europea mediante la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 (2001/931/PESC) sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo¹³¹.

El 20 de octubre de 2011, ETA comunicó el «cese definitivo» de su actividad armada¹³², sin que no obstante se haya disuelto todavía.

BENEGAS señala que desde aquel primer asesinato ETA “ha matado a más de novecientas personas, cuarenta y tres en el periodo franquista y el resto durante la democracia”¹³³. Sin embargo, cabe señalar que el número de víctimas mortales de ETA varía según la fuente consultada. La web del Ministerio del Interior ofrece la cifra de 828 víctimas mortales de ETA mientras la Oficina de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo —que depende del mismo ministerio— considera que son 856. Según la asociación de víctimas COVITE, el número de víctimas mortales es de 858, ofreciendo en su página web los nombres y apellidos de cada uno de los fallecidos. Pero, como refiere AIZPEOLEA, no ocurre lo mismo con la cifra del Ministerio del Interior: es imposible saber los nombres de los 828. Es decir, no se puede saber quiénes son, para el Gobierno español, las víctimas de ETA¹³⁴.

Común 2001/931/PESC, eran medidas adicionales adoptadas con el fin de aplicar la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La lista incluye personas y grupos activos tanto dentro como fuera de la UE. Se revisa periódicamente y al menos cada seis meses. <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/>

131 Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 344/93 de 28/12/2001. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001E0931&qid=1412597066958&from=EN>

132 El comunicado puede leerse, por ejemplo, en la página web del Diario “El Mundo”, http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/10/20/comunicado_eta.pdf

133 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (entrada “Euskadi ta Askatasuna”) págs. 177 y ss.

134 Cfr. AIZPEOLEA, LUIS R.: «Sin verdad compartida sobre ETA», Diario “El País” el 13 de febrero de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/12/actualidad/1423764631_514411.html

Según investigaciones más recientes (JAVIER RIVAS) el número de asesinatos cometidos por ETA y grupos afines como los Comandos Autónomos ascendería a 955, según la Asociación de Víctimas del Terrorismo; 867, según un informe del Ararteko (Defensor del Pueblo vasco) sobre atención a las víctimas; 864, según la oficina de asistencia a las víctimas de la Audiencia Nacional; 858 para el Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo; 857 para la Fundación de Víctimas del Terrorismo; 853 considera Interior; 845 señala un estudio del Instituto de Historia Social Valentín de Foronda, de la UPV; 837 para el Gobierno vasco. Las discrepancias radican en la atribución o no a la banda de determinados crímenes (la AVT es la única, por ejemplo, que atribuye a ETA el incendio en 1979 del hotel Corona de Aragón de Zaragoza, con 83 muertos). Asimismo, el número de atentados se sitúa en unos 3.600, según un informe del Gobierno vasco de 2013. El más grave fue el cometido en Hipercor en Barcelona el 19 de junio de 1987, con 21 muertos y 45 heridos. Las acciones de *kale borroka*, por su parte, superarían las 4.500¹³⁵.

El antes citado AIZPEOLEA refiere también que, en 2010, representantes de colectivos de víctimas del terrorismo presentaron al entonces presidente de la Audiencia Nacional, Ángel Juanes, un listado con 349 víctimas del terrorismo etarra cuyos casos, según indicaban, no estaban esclarecidos. Era un 40% sobre el total de víctimas y le solicitaron una investigación que él derivó hacia la Oficina de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior. Unos meses después, en junio de 2011, hicieron la misma solicitud a la Fiscalía de la Audiencia Nacional. El dato presentado por los colectivos de víctimas estaba extraído del libro *Vidas rotas*, coordinado por ROGELIO ALONSO y FLORENCIO DOMÍNGUEZ¹³⁶. Por su parte, el Gobierno vasco, a finales de 2013, y en el marco de su plan de paz y convivencia,

135 Cfr. RIVAS, JAVIER: «La violenta historia de ETA, en cifras», Diario “El País”, 8 de abril de 2017. http://politica.elpais.com/politica/2017/04/07/sepa_usted/1491532184_093477.html

136 La referencia es al libro de ALONSO, ROGELIO – DOMÍNGUEZ, FLORENCIO – GARCÍA REY, MARCOS: *Vidas rotas: La historia de los hombres, las mujeres y los niños víctimas de ETA*, Espasa, 2010.

encargó a cuatro expertos —solo uno del País Vasco— su propio informe sobre los casos no esclarecidos del terrorismo etarra, ampliado al contraterrorismo que actuó en Euskadi (Batallón Vasco Español, GAL....). El primero de los informes conocidos fue el de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, en diciembre de 2011, que reducía la cifra de casos de víctimas mortales de ETA sin esclarecer de 349 a 224. Precisaba que, de los 270 procedimientos penales correspondientes a esas 349 víctimas mortales, había 89 casos resueltos (correspondientes a 130 víctimas). Por otro lado, a finales de 2013 la Oficina de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo concluía que de los casos estudiados había 83 que ya tenían sentencia (seis menos que los que señalaba la Fiscalía). Finalmente, el informe del Gobierno vasco, conocido a fines de 2014, reducía aún más la cifra de casos sin esclarecer. De 224 que fijaba la Fiscalía de la Audiencia Nacional, lo rebaja a 197 víctimas¹³⁷.

Simplemente con estos breves apuntes puede comprenderse cómo los intentos del Estado de contrarrestar la actividad terrorista de ETA han condicionado de forma determinante el desarrollo de la legislación antiterrorista, así como las pautas para su interpretación y aplicación.

Cabe citar también, por la importancia de sus acciones en la etapa conocida como la Transición, a los GRAPO, pudiendo afirmarse que su actuación, junto con ETA, ha sido la más influyente en la decantación del concepto jurídico de terrorismo hoy vigente en España, al que ha dado su forma actual la reforma del Código Penal de 2015 para luchar contra el fenómeno del terrorismo yihadista que, sin embargo, no ha prescindido del núcleo del concepto, caracterizado por la comisión de crímenes violentos con una finalidad política subversiva y, por lo general, por individuos integrados en una organización o colaborando con ella.

137 Cfr. AIZPEOLEA, LUIS R.: «Sin verdad compartida sobre ETA», Diario “El País” el 13 de febrero de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/12/actualidad/1423764631_514411.html

- Los GRAPO

Siguiendo a BENEGAS HADDAD, puede decirse que los GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) fueron creados en 1975, en el curso de una reunión celebrada en la provincia de Santander con el objeto de celebrar el I Congreso del Partido Comunista de España Reconstituido, en la que participaron unos treinta militantes de la Organización Marxista-Leninista de España (OMLE)¹³⁸. Como refiere AVILÉS FARRÉS, la Organización Marxista-Leninista de España (OMLE), de ideología maoísta, había sido a su vez fundada en 1964, en Bruselas, por varios elementos procedentes del PCE, todos ellos radicados en el exilio. Fue sólo al final de aquella década cuando comenzó su implantación en el interior de España, al principio sobre todo en Madrid y en Cádiz y más tarde en Vigo y El Ferrol. Muy influida por la revolución cultural china, la OMLE apostaba, como el PCE (ml), por una guerra popular prolongada, pero a diferencia de éste no concebía a España como un país sometido por el imperialismo. Su objetivo era la unidad popular contra el régimen de Franco y contra el capital monopolista, para establecer “el gobierno revolucionario del pueblo en armas”¹³⁹.

Pues bien, en el transcurso del I Congreso del Partido Comunista de España Reconstituido, en 1975, los treinta militantes de la Organización Marxista-Leninista de España (OMLE) acordaron sustituir el nombre de OMLE por el de PCER (Partido Comunista de España Reconstituido), redactándose un programa político que se componía de ocho puntos fundamentales: “Formación de un Gobierno provisional democrático revolucionario. Formación de Consejos Obreros y Populares, base del nuevo Estado. Nacionalización de los monopolios. Libertad de expresión, organización y manifestación del pueblo. Separación de la Iglesia del Estado. Organización de la clase obrera en un sindicato único.

138 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 230 (entrada “Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”).

139 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 30.

Derecho a la autodeterminación de los pueblos vascos, catalán y gallego. Desmantelamiento de las bases yanquis de nuestro territorio”.

En cuanto a su nombre, señala AVILÉS FARRÉS que los GRAPO lo habrían tomado de la fecha, 1 de octubre de 1975, cuando se celebraba una multitudinaria concentración en homenaje a Franco, y miembros del partido asesinaron en Madrid a cuatro policías en represalia por los fusilamientos de cinco miembros del FRAP y de ETA que habían tenido lugar unos días antes. Estos atentados no fueron reivindicados y fue sólo el 18 de julio de 1976 cuando se dieron a conocer los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO) que de aquella primera fecha tomaron el nombre, y en esta ocasión colocaron cargas explosivas en distintos edificios y monumentos¹⁴⁰.

BENEGAS HADDAD, por su parte, afirma que, a la muerte del General Franco, cuando ya se vislumbraba la instauración de la democracia y las libertades en España, el Comité Central del PCER hizo alusión a la lucha armada definitiva y el secretario general, Manuel Pérez Martínez, alias “camarada Arenas”, puso de manifiesto que “en España los problemas no pueden solucionarse mediante el voto y que era en el terreno militar y en la lucha armada donde debían plantearse inevitablemente el combate”. La vida del GRAPO – del PCER- iría desarrollándose entre plenos de su Comité Central y otro Congreso, el segundo, en Barcelona en noviembre de 1978. Los ocho puntos programáticos del primero quedaron reducidos a cinco: “Libertad de todos los presos políticos y derogación de la Ley Antiterrorista. Disolución de las Fuerzas de Orden Público y depuración de los altos mandos del Ejército, Tribunales y Administración. Libertades políticas y sindicales sin ninguna restricción, y derecho de las masas populares a recurrir a la violencia revolucionaria contra las arbitrariedades del poder. Derecho de las organizaciones armadas del pueblo a conservar su armamento hasta tanto no se haya garantizado el pleno ejercicio de las

140 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 31.

libertades democráticas. Rechazo a la integración en la OTAN y desmantelamiento de las bases extranjeras en nuestro territorio”. Asimismo, en numerosos documentos se proclaman “vanguardia dirigente de la clase obrera”, proponiéndose, en un primer momento, la redención de ésta mediante la lucha política de masas y la violencia revolucionaria.

Sin embargo, también señala BENEGAS que siempre ha sido un misterio la ideología que ha fundamentado las acciones terroristas de los grapos y muchas han sido las especulaciones sobre los motivos últimos de las mismas. En algunas ocasiones se ha llegado a pensar que bajo reivindicaciones de extrema izquierda se podían ocultar móviles de extrema derecha que tenían por objetivo desestabilizar la joven democracia española¹⁴¹. En el mismo sentido, AVILÉS FARRÉS afirma que “los GRAPO, brazo armado del PCE (r), fueron considerados durante algún tiempo en ciertos medios periodísticos y políticos como agentes provocadores al servicio de la reacción”, aunque afirma este autor que “en realidad no lo eran, aunque su aislamiento respecto del conjunto de la izquierda radical y los argumentos que sus atentados dieron a los partidarios de una involución autoritaria pudieron hacer sospechar que lo fueran. Se trataba de un grupo revolucionario muy cohesionado internamente y muy cerrado al exterior, que presentaba algunas de las características de una secta”¹⁴².

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2006¹⁴³, que condenó a varios miembros de los GRAPO como autores criminalmente responsables de los delitos de integración en organización terrorista, delito continuado de falsificación de documentos oficiales de carácter terrorista, un delito de falsificación de documento oficial, y un delito continuado de tenencia ilícita de armas, decretando asimismo la

141 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 230 (entrada “Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”).

142 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 31.

143 Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 31/2006 de 30 junio (ARP 2008, 408).

disolución del Partido Comunista de España Reconstituido (PCE (r), declara como hechos expresamente probados los siguientes:

a) ESTRUCTURA DEL PCE.(r)-GRAPO.

La organización PCE.(r)-GRAPO se constituye como una asociación integral formada por dos ramas, una política y otra militar, que defiende la lucha armada como vía para la consecución de sus objetivos; tanto la derrocaación del régimen constitucional español vigente, a través de atentados contra el que llaman Régimen Capitalista Burgués en sus instituciones, personalidades, autoridades y agentes, como los ataques violentos contra lo que llaman "el capital" y sus "vasallos" (lo que denominan reappropriaciones revolucionarias). La organización profesa el más extremista marxismo-leninismo, y además de la captación, formación ideológica, admisión y cambio de destino de sus miembros, practica la propaganda activa como medio de difusión de sus ideas y de captación de nuevos miembros.

La rama política está constituida por el PCE(r) (PARTIDO COMUNISTA DE ESPAÑA RECONSTITUIDO), cuyo máximo órgano de responsabilidad es el "COMITÉ CENTRAL".

El PCE(r) nutre ideológicamente al "aparato militar", esto es, a los GRAPO, fijando la táctica y estrategia de la lucha armada, eligiendo objetivos, consiguiendo la infraestructura y recursos económicos de las cuotas de los miembros, ingresos por propaganda, y sobre todo de las acciones armadas con resultado económico, cuyo importe asigna a los diferentes departamentos -político, organización, propaganda y "militar"- , escogiendo los responsables de los comandos armados y la composición de esos autodenominados "comandos militares", y controlando la selección, formación y adoctrinamiento de los miembros políticos, legales y en la clandestinidad, de la rama política y los pases de una rama a otra de la Organización, distribuyendo los medios económicos y documentaciones de identidad falsa, todos ellos usando de alias orgánicos (principio de la clandestinidad).

De tal forma que los miembros de los "comandos militares" reclutados, primero han de contactar con algunos de los miembros de la rama política en la legalidad, y en la clandestinidad, someterse a un período de "adoctrinamiento político", para finalmente integrarse en una "célula armada" tras recibir el visto bueno de los dirigentes políticos. Lo mismo sucede con los miembros legales y los en la clandestinidad de la rama política.

La creación del PCE(r)-GRAPO en junio de 1975, como organización comunista marxista-leninista revolucionaria, la más extremista, que propugna la lucha revolucionaria, no sólo en el aspecto ideal de otros partidos comunistas que aceptan la legalidad constitucional y democrática, sino en el concreto de realizar atentados políticos y robos a mano armada, secuestros y extorsiones -reapropiación revolucionaria- partió de la configuración de su estructura sobre los principios del denominado "Centralismo Democrático" según el cual "toda organización se somete a una disciplina: el militante a su responsable, la minoría a la mayoría, el organismo inferior al superior y toda la Organización al Comité de Dirección", es decir, toda la organización se subordina a las directrices de su órgano máximo, "EL CONGRESO", cuyas decisiones son llevadas a cabo -entre sus plenos- por el "COMITÉ CENTRAL" (órgano de dirección del PCE(r)-GRAPO) gobernado en forma suprema por su "SECRETARIO GENERAL", que actúa como un caudillo respetado y obedecido por toda la organización y ejecuta, interpreta e impulsa las directrices del Congreso. Existe un tráfico de informes hacia arriba y hacia abajo, que se clasifican y archivan tanto en originales como en copias, tanto los remitidos como los recibidos.

Los órganos del PCE(r)-GRAPO son los siguientes:

"FRENTE POLÍTICO" formado por:

EL CONGRESO: Órgano Supremo de la organización en el que se aprueba su programa y estatutos, decide la línea política a seguir y elige al "SECRETARIO GENERAL" y al "COMITÉ CENTRAL" que dirige al

PCE.(r) hasta el nuevo CONGRESO.

EL "COMITÉ CENTRAL" Órgano de máxima responsabilidad entre CONGRESOS. Tiene por misión la ejecución de las decisiones adoptadas en el Congreso. Marca la estrategia, centraliza y estudia los informes, dispone de los medios financieros, distribuye las fuerzas disponibles y marca la línea político militar de la organización y los objetivos tácticos de los "grupos armados". En la época de los hechos, y más aún con el encarcelamiento en Francia de la cúpula de la organización (desde el 9.11.00) incluido su secretario general Ignacio (a) "Cabezón" y "Pedro", caudillo histórico que sigue impulsando la Organización desde la cárcel, funciona como Comisión Política integrada por miembros de las dos ramas. El frente político se complementa con las comisiones de organización y de propaganda.

LOS "COMITÉS LOCALES" y LAS "CÉLULAS LOCALES" integradas por miembros del PCE(r)-GRAPO, estructuradas alrededor de un responsable político, un responsable de organización y un responsable de propaganda.

También existen "Comités Regionales". Por encima hay responsables de organización y de propaganda en el Interior. Se repite el esquema de la organización en el exterior, pues la organización trasladó a Francia sus órganos superiores, absteniéndose de realizar atentados y delitos de finalidad económica en Francia.

"FRENTE MILITAR" formado por:

EL "COMANDO CENTRAL" Conformado por los militantes del PCE(r)-GRAPO. de mayor nivel político, e integrado en la dirección del PCE(r)-GRAPO. mediante la ubicación de sus máximos responsables en el Comité Central/Comisión Política. En el "I Congreso Reconstitutivo" de junio de 1975 recibían el nombre de "SECCIÓN TÉCNICA". También es llamado "Comisión Militar", en paralelo con la Comisión de Organización y la Comisión de Propaganda. EL "APARATO POLÍTICO MILITAR" creado a raíz de las detenciones de la cúpula del PCE(r)-

GRAPO en el año 2000, encargado de seleccionar los "objetivos militares", organizar los autodenominados "comandos", recoger las directrices marcadas por la "Dirección", transmitir las a los "comandos" y controlar su seguimiento por los mismos.

EL "APARATO LOGÍSTICO" con la función de proporcionar a los "comandos" todo lo que necesiten para llevar a cabo sus actos criminales, incluyendo la fabricación de las documentaciones de identidad, la entrega de armas, municiones, material para fabricar artefactos explosivos y dinero.

LOS "COMANDOS" dirigidos por militantes de alta "formación política" ("Responsable Político" y "Responsable militar"), necesaria para soportar las condiciones de clandestinidad. Son los encargados de ejecutar las "acciones armadas".

b) INFRAESTRUCTURA DEL PCE(r)-GRAPO.

La organización PCE(r)-GRAPO adiestra a sus miembros en técnicas de guerrilla, entregándoles el "Manual del Guerrillero" y el de normas de seguridad, y les adoctrina políticamente a fin de garantizar el "compromiso con la causa" y un alto grado de fidelidad a la "dirección". De tal forma que, de acuerdo con sus capacidades y disposición, primero van a ser miembros legales (una vez informados y aprobados por la Dirección), luego miembros en la clandestinidad y al final, o incluso saltando la etapa de clandestinidad, miembros de comando, momento en que su responsable les adiestra en el manejo de las armas y en tácticas de guerrilla urbana.

Utiliza órganos propios de expresión, tales como la revista "RESISTENCIA", la revista "ANTORCHA", la revista "A LA CALLE" y la revista "SOLIDARIDAD". También facilita documentaciones falsas para la identificación de sus miembros y con ello evitar sus detenciones y, como se ha expuesto, armas y explosivos.

Los documentos falsos los confecciona la organización, previa entrega de su foto por los miembros. Las armas en muchos casos

proceden de robos y atentados y otras son de procedencia no averiguada.

Las informaciones sobre sus objetivos son archivadas por "asuntos" y son objeto de tratamiento progresivo. La información de tales objetivos procede de cualquier cauce del PCE(r)-GRAPO, tanto de la rama política como de la militar. Una vez designado el objetivo por la dirección del PCE(r), la información es comprobada por el comando, quien la elabora repartiendo tareas entre sus miembros. Hechas las comprobaciones, la información retorna a la dirección hasta que el "comando" recibe la autorización preceptiva de ésta para su desarrollo. Verificada la acción, se elevan informes y críticas sobre la misma, que se archivan en la Dirección.

De igual forma, la organización les dota de recursos suficientes para la subsistencia en la clandestinidad a través del alquiler de inmuebles (denominadas "bases" por los miembros de la organización), gestión para la cual utilizan identidades supuestas que justifican ante los arrendadores con los documentos falsos de que sus responsables les dotan.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007¹⁴⁴ confirmó la de citada Sentencia 30 de junio de 2006 de la Audiencia Nacional, en el sentido de afirmar, en el fundamento jurídico vigésimo segundo, que ya *"hemos ya dejado sentando que el PCE(r) y GRAPO son probadamente componentes de una misma organización"* y añadir que *"no cabe duda de que "el conglomerado PCE(r) GRAPO estaba constituido por una pluralidad de personas jerárquicamente estructurada de manera estable para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se hallaba los ataques violentos y armados contra personas y patrimonios, con finalidad de subvertir el orden constitucional"*, lo que nuestro más Alto Tribunal reiteró en la Sentencia de 30 de marzo de 2009¹⁴⁵.

144 Sentencia del Tribunal Supremo 655/2007, de 25 de junio (RJ 2007, 7294).

145 Tribunal Supremo, Sentencia nº 257/2009, de 30 de marzo de 2009 (RJ 2009, 3065), por la que se casó parcialmente la de 13 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 3301).

Según BENEGAS HADDAD, desde 1974 hasta 1983, la organización terrorista habría cometido un total de cincuenta y cuatro asesinatos. De ellos, veintinueve se perpetraron en el año 1979, es decir, más de la mitad del total, lo que, a juicio de nuestro autor, quiere decir que “toda la fuerza terrorista del PCER -GRAPO- se dirigió en aquel entonces contra la Constitución que los españoles se habían otorgado en libertad. Posteriormente la llegada del Partido Socialista Obrero Español al Gobierno en 1982 les llevó a declarar simbólicamente un “alto el fuego”, fundamentándolo en las expectativas que el Partido Socialista había despertado. En realidad, la tregua obedecía a que su cuadro de dirigentes estaba en prisión, el partido hundido y sin medios materiales y humanos para llevar a cabo una acción terrorista organizada”¹⁴⁶.

Según AVILÉS FARRÉS, “tras la victoria del PSOE en 1982 hubo varios contactos entre responsables gubernamentales y representantes de los GRAPO para lograr que éstos depusieran las armas. No tuvieron éxito, aunque algunos de los militantes encarcelados abandonaron la organización”¹⁴⁷. En junio de 1996, diversos medios de comunicación publicaron que el CESID, en nombre del Gobierno presidido por José María Aznar, negociaba con los GRAPO su abandono de la lucha armada. Sin embargo, la falta de datos sobre el paradero de Publio Cordón y la ausencia de una declaración pública del “camarada Arenas” frustraron el acuerdo y en febrero de 1997 los abogados de los presos de los GRAPO anunciaron que las negociaciones estaban rotas¹⁴⁸.

Así, aunque en muchos momentos se pensó que los GRAPO estaban definitivamente desarticulados, como refiere BENEGAS, resurgieron después de sus propias cenizas con acciones terroristas

146 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 230-231, (entrada “Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”).

147 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 32.

148 Cfr. Diario “El Imparcial”, jueves 19 de julio de 2012: «Historia de los GRAPO: asesinatos, secuestros y extorsión». <http://www.elimparcial.es/noticia/107935/nacional/historia-de-los-grapo:-asesinatos-secuestros-y-extorsion-.html>; Diario “El Mundo”, jueves, 18 de julio de 2002: «Los GRAPO, terroristas germinados en los años 60». <http://www.elmundo.es/elmundo/2002/07/18/espana/1027004724.html>

aisladas. En todo caso lo que sí puede decirse, siguiendo al citado autor, es que el GRAPO fue un fenómeno terrorista marginal, en el sentido de que no contó con apoyo social de ningún tipo y que profesaba una ideología cuanto menos oscura¹⁴⁹. AVILÉS FARRÉS, por su parte, afirma que es difícil que en sus mejores momentos hayan llegado a contar con más de doscientos militantes y un millar de simpatizantes activos. Ello, sin embargo, confirma que un grupo terrorista puede tener un impacto en la opinión totalmente desproporcionado respecto del apoyo social de que dispone¹⁵⁰.

En cuanto al número de víctimas causadas por esta banda terrorista, refería BENEGAS en su *Diccionario de Terrorismo*, de 2004, que, desde su nacimiento, los GRAPO habían asesinado a ochenta y cuatro personas, pudiendo también mencionarse que diecinueve de sus activistas habrían muerto en enfrentamientos con las fuerzas de seguridad¹⁵¹.

En cuanto a su *modus operandi*, los atentados de los GRAPO han sido, en la mayoría de los casos, acciones directas contra miembros de las fuerzas de seguridad o militares, entre sus crímenes más graves figura la explosión de una bomba en la cafetería California 47, de Madrid, el 26 de mayo de 1979, con un saldo de nueve muertos y sesenta y un heridos. También se especializaron en el ataque a furgones blindados, a semejanza de organizaciones mafiosas italianas, aunque la detención de tres de sus activistas en uno de estos atracos en Santander, en diciembre de 1992, y la muerte de otros tres en Zaragoza en abril de 1993 obligaron a la banda a desistir de este método. El secuestro fue también una de las armas con que contaron para ejercer el terror. El 11 de diciembre de 1976, un comando del GRAPO llevó a cabo en Madrid el secuestro de Antonio

149 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 230-231, (entrada “Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”).

150 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 30.

151 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 230-231 (entrada “Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”).

María Oriol y Urquijo, presidente del Consejo de Estado y Consejero del Reino. El objetivo del secuestro, según un comunicado de la banda, era conseguir la libertad de quince miembros de la banda. Sólo un mes después, el 23 de enero de 1977, fue secuestrado el teniente general Villaescusa Quilis, presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar. La acción combinada de la policía y la Guardia Civil culminó el 11 de febrero de 1977 con el rescate de ambos rehenes y la detención de varios grapos. El último secuestro que se les atribuye es el del empresario zaragozano Publio Cerdón, desaparecido desde junio de 1995. En el año 2000 protagonizaron un intento de robo de un furgón de Prosegur en Vigo, que acabó con dos muertos y varios heridos. Ese mismo año colocaron varios artefactos explosivos contra empresas de trabajo temporal y una bomba en la delegación del diario “El Mundo” en Barcelona. En el año 2000 se detuvo a parte de la considerada cúpula de la organización (en París, incluido el “camarada Arenas”) y en julio de 2002 la organización se desmanteló totalmente, según BENEGAS, tras la detención de ocho activistas en Francia y seis en España¹⁵².

Cabe mencionar que los GRAPO reaparecieron luego en 2006, causando la muerte de Ana Isabel Herrero e hiriendo a su esposo, el empresario Francisco Colell, en un tiroteo ocurrido en la calle Cervantes de Zaragoza, que fue reivindicado mediante una carta remitida a la delegación de la cadena de televisión Antena 3¹⁵³.

Asimismo, a los pocos días, atracaron una sucursal de Caixa Galicia en Santiago de Compostela, robando 20.000 euros 20.000 euros tras secuestrar al director de la sucursal¹⁵⁴.

En 2007 produjo una nueva supuesta desarticulación de la

152 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, págs. 230-231 (entrada “Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre”).

153 Cfr. Diario “El Mundo”, lunes 27/02/2006: «Detienen en Bilbao al presunto miembro de los GRAPO que asesinó a una empresaria en Zaragoza». <http://www.elmundo.es/elmundo/2006/02/26/espana/1140991008.html>

154 Cfr. Diario “El País”, 5 de julio de 2006: *Los GRAPO reaparecen con un atraco a un banco en Santiago de Compostela*. http://elpais.com/diario/2006/07/05/espana/1152050431_850215.html

estructura con la detención de seis personas en Barcelona¹⁵⁵.

Expuesto el contexto histórico y la influencia de las principales bandas terroristas que operaban en la época conocida como la Transición, continuando con la exposición por orden cronológico de la legislación antiterrorista, desde el punto en que la habíamos dejado, cabe mencionar que, muerto Franco, se aprobó el Decreto-ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de prevención del terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos¹⁵⁶, atribuyendo, como regla general, el conocimiento de los delitos de terrorismo a la jurisdicción ordinaria, sustrayéndola a la jurisdicción militar.

Mediante el Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional¹⁵⁷, se creó dicho órgano y tres Juzgados Centrales de Instrucción dependientes de ella, con sede en Madrid. En la misma fecha, el Real Decreto-ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo¹⁵⁸, estableció que la instrucción y fallo de las causas por los delitos de terrorismo correspondería exclusivamente a tales Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, con la excepción de aquéllas que fuesen competencia de la jurisdicción militar de acuerdo a los arts. 9.º y 13 del Código de Justicia Militar de 1946 (art. 1.º). Con ello, se lograría tanto la debida especialización del personal encargado de la instrucción y enjuiciamiento de tales causas como mantenerles a salvo de la presión a que se encontraban sometidos en el País Vasco. Así, pasarían a ser competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional los delitos que figuraban en el Código de Justicia Militar enumerados en los artículos 294 bis a), 294 bis b) y 294 bis c), disposiciones que pasarían a partir de entonces como anexo al Código penal ordinario, designándose como artículos 1.º, 2.º y 3.º, respectivamente (art. 2.º, 1). Hasta

155 Cfr. Diario “El País”, 6 de junio de 2007: *Desarticulado el último 'comando' operativo de los GRAPO con la detención de seis personas en Barcelona*. http://elpais.com/elpais/2007/06/06/actualidad/1181117832_850215.html

156 «BOE» núm. 43, de 19 de febrero de 1976, páginas 3445 a 3445. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-3753>

157 «BOE» núm. 4, de 5 de enero de 1977, páginas 172 a 174. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-166

158 «BOE» núm. 4, de 5 de enero de 1977, páginas 175 a 176. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-168>

que entrase en funcionamiento la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados de Instrucción números 21 y 22 y la Sección de la Audiencia Provincial de Madrid a la que quedasen adscritos (estos Juzgados eran los antiguos Juzgados de Orden Público, suprimidos junto al Tribunal por Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero¹⁵⁹) serían los encargados de tramitar los delitos de terrorismo, incluso los que en ese momento se estuviesen llevando ante otros órganos judiciales y no se hubiese dictado sentencia (disposiciones transitorias 1.ª, 2.ª y 3.ª). La solución dada por el legislador para castigar los delitos de terrorismo en ese momento era provisional, siguió manteniendo estos hechos ilícitos dentro de normas penales especiales al Código penal, pero su intención de separar su conocimiento de la jurisdicción militar finalmente se consiguió¹⁶⁰.

Pese a las muchas críticas que la Audiencia Nacional, como órgano especializado, ha podido suscitar en la doctrina jurídica¹⁶¹, la jurisprudencia ha reiterado

159 Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero, por el que se suprimen el Tribunal y Juzgados de Orden Público y se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción. «BOE» de 5 de enero. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1977-10017800179

160 Cfr. DÍAZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER: «Los delitos de terrorismo y la creación de la Audiencia Nacional (1977-1978)», en *La transición a la democracia en España: actas de las VI Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos*, Guadalajara, 4-7 de noviembre de 2003, Vol. 2, 2004 (COMUNICACIONES: CD-Rom), ISBN 84-931658-9-1, pág. 22. <http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/ceclm/websCECLM/transici%C3%B3n/PDF/03-01.%20Texto.pdf>

161 Muchas de ellas se citan en OLARIETA ALBERDI, JUAN MANUEL: «El origen de la Audiencia Nacional», publicado en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 29, julio de 1997. Aquí se recoge cómo LORCA NAVARRETE afirmó que la Audiencia Nacional fue “creada al amparo de una normativa de dudosa legitimidad democrática” (*La Audiencia Nacional en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Algunas anotaciones sobre un órgano jurisdiccional polémico*, en *Justicia* 86, nº 1).

Las evidentes concomitancias de la nueva Audiencia Nacional con el Tribunal Central de lo Penal hicieron estallar las mismas críticas que éste recibiera en su día. Así el profesor ANDRÉS DE LA OLIVA afirmó taxativamente en un artículo publicado por un semanario que “la Audiencia Nacional es antidemocrática de nacimiento” («El invento de la Audiencia Nacional», *Actualidad Económica*, nº 1036, 1977). Y por su parte, PECES-BARBA titulaba otro: «La Audiencia Nacional: atentado a un derecho fundamental», haciendo referencia al derecho al juez natural (en “Cuadernos para el Diálogo”, nº 200, febrero-marzo de 1977, aunque señala OLARIETA ALBERDI que como consecuencia del consenso, sólo un año después decía todo lo contrario en el Congreso, lo que puede comprobarse en el *Diario de Sesiones* de 27 de julio de 1978, pág.4692). A juicio de OLARIETA, la postura de GIMENO SENDRA, por contra, ha sido equívoca. En un principio, se alineó con la postura crítica de los citados, afirmando que el nuevo órgano era un Tribunal de excepción, aduciendo en apoyo de sus tesis varias razones. En cuanto a su composición, además de recordar su creación por la vía del Decreto-Ley, advertía “una cierta manipulación”; en cuanto a sus atribuciones, decía que “algunas de ellas son una clara herencia del TOP”, en tanto que “otras vienen a ser la sanción de privilegios tales como los aforamientos”; en cuanto a la competencia, el nuevo Tribunal significa, según GIMENO SENDRA, una injustificada derogación del principio de juez natural o de la competencia por razón del lugar en el que se cometió el delito, y “no permite que le planteen cuestiones de competencia, suponiendo, pues, un atentado al principio de que los Tribunales ordinarios han de gozar de “vis atractiva”. Para este autor, la Audiencia Nacional guarda “una

que la Audiencia Nacional es un órgano judicial ordinario, al que el legislador ha atribuido competencia sobre determinados delitos, lo que no supone violación de ningún precepto constitucional¹⁶². La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, atribuyó también la competencia en los casos de terrorismo a la Audiencia Nacional, señalando la posibilidad de internamiento en régimen cerrado y alargando los plazos máximos de duración de las medidas cautelares y de las medidas definitivas impuestas¹⁶³.

El 27 de octubre de 1977, se aprobaron los Pactos de la Moncloa, entre cuyos acuerdos figura una

“Nueva definición del concepto de orden público, depurándolo de contenidos no democráticos y asentando su fundamento esencial en el libre, pacífico y armónico disfrute de las libertades públicas y el respeto de los derechos humanos.

relación directa de parentesco” con el Tribunal Central de lo Penal (*Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, págs.103, 104 y 106), afirmación que reitera en otra obra, en la que subraya la continuidad existente entre el Tribunal Central de lo Penal (que según él no era más que el Tribunal de Orden Público disfrazado) y la Audiencia Nacional, a que califica ahora de “órgano judicial especializado” («Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista», en *Documentación Jurídica*, 1983, tomo II, nº 37-40, pág. 1249).

162 Así lo establece el Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), en Sentencia núm. 546/2002 de 20 de marzo (RJ 2002, 4124): “No es superfluo recordar que la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986 reconoció que la Audiencia Nacional es órgano judicial ordinario, como habían declarado y reiterado esta Sala y el Tribunal Constitucional. En la STC 199/1987, de 16 de diciembre (RTC 1987, 199), tantas veces citada en el recurso, se afirmaba en el fundamento sexto, que la prohibición constitucional de jueces excepcionales o no ordinarios no impide que el legislador pueda razonablemente en determinados supuestos disponer que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos se lleve a cabo por un órgano judicial centralizado sin que ello contradiga el art. 24 de la Constitución. (Reitera la STC 153/1988, de 20 de julio [RTC 1988, 153]).

El legislador orgánico, como se reconoce en el recurso, no tiene vedado determinar, a través de una norma legal de atribución de competencias cuál es el Tribunal que deba conocer jurisdiccionalmente de un asunto y puede, en concreto, atribuir la competencia a la Audiencia Nacional para el conocimiento de los delitos terroristas.

El art. 117.3 de la Constitución atribuye la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan, como lo es, en este caso, la disposición transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en la sentencia 56/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 56), volvió a reiterar esta doctrina”.

163 Destaca la Exposición de Motivos de la citada Ley que los “comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas”.

*El orden público tendrá una proyección concreta y actual en cuanto protección del avance en la consolidación de la democracia y defensa frente a las agresiones de todo orden y especialmente las terroristas. La tipificación del terrorismo figurará en el Código Penal común, con eliminación de lo que al respecto figure en leyes especiales y se operará con los criterios generalmente aceptados en los Convenios internacionales y en los países de Occidente”*¹⁶⁴.

Poco después se ampliarían las competencias de la Audiencia Nacional mediante el Real Decreto-ley 21/1978, de 30 de junio, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armados¹⁶⁵, cuyo art. 2.1 atribuía a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional la competencia para la instrucción, conocimiento y fallo en exclusiva de las causas por los delitos y conductas enumeradas en su art. 1 (delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, terrorismo y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en bandas o grupos organizados y armados).

Luego vendría la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados¹⁶⁶, promulgada poco antes de ser aprobada la Constitución, y que derogaba el anterior Decreto-Ley, siendo convalidada por el Congreso el 6 de febrero de 1979. Esta ley avanzó en lo que la doctrina llamó “proceso de destipificación de los delitos de terrorismo”¹⁶⁷, de modo

164 Los Pactos de la Moncloa fueron dos, denominados Acuerdo sobre el programa de saneamiento y reforma de la economía y Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política. El fragmento reproducido puede leerse en *Los Pactos de la Moncloa, Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político*, Madrid 8-27 de octubre de 1977, Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica Presidencia del Gobierno ISBN: 84-500-2323-8. Depósito legal: M. 38590/1977 Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, pág. 32. <http://www.mpr.gob.es/servicios2/publicaciones/vol17/descarga/Coleccion-Informe-17-Los-Pactos-de-la-Moncloa.pdf>

165 «BOE» núm. 156, de 1 de julio de 1978, páginas 15670 a 15671. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-16969>

166 «BOE» núm. 293, de 8 de diciembre de 1978, páginas 27785 a 27785. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-29845

167 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 103.

que, con ella, el legislador pretendía acabar con toda referencia expresa a una clase de delitos llamados de terrorismo, para así lograr su configuración como delitos comunes, plenamente separados de los delitos políticos. Pero este proceso encontró graves problemas de técnica legislativa, pues junto a la persistencia dentro del Código Penal de los antiguos delitos de terrorismo, fueron añadiéndose delitos comunes que se agravaban cuando fueran cometidos por bandas o grupos armados. Como destaca GONZÁLEZ CUSSAC, los problemas de aplicación de esta norma eran muy graves, al confluir delitos denominados “de terrorismo” con delitos comunes que resultaban agravados al ser cometidos por bandas o grupos armados, debiendo todos ellos ser cometidos con una finalidad específica. Destaca asimismo este autor que la tramitación parlamentaria de esta ley coincidió con la elaboración del texto constitucional, por lo que ambos proyectos estuvieron influidos mutuamente, en la medida en que los criterios políticos que las impulsaron resultaban coincidentes¹⁶⁸.

El 29 de diciembre de 1978 se publicó en el BOE el texto de la Constitución¹⁶⁹, siendo de destacar en el mismo, en materia de terrorismo, cómo el art. 13 establece que “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo” y el 55.2 dispone que “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Tras la aprobación de la Constitución, la primera Ley en aprobarse fue precisamente la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo¹⁷⁰, que no obstante prescindió del empleo de este término. Con ella se culminaría el antes señalado “proceso de destipificación de los delitos de

168 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 103-104.

169 «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424. <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

170 BOE núm. 11, de 12 de enero de 1987, páginas. 750-751. <https://www.boe.es/boe/dias/1979/01/12/pdfs/A00750-00751.pdf>

terrorismo”, y aunque su aprobación final fue ligeramente posterior a la aprobación del texto constitucional, su tramitación también fue paralela al mismo y estuvo íntimamente interrelacionada con él. La Ley 82/1978 derogó los arts. 260 a 262 y los Anexos 1,2 y 3 del Código Penal (art. 294 bis), y para suplir este vacío modificó múltiples rúbricas y artículos del Código Penal, de suerte que buen número de conductas comunes, si eran realizadas “por personas integradas en bandas o grupos armados” tenían asignada una pena mayor. Paralelamente se modificó el art. 13 de la Ley 3/1977, que atribuía competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo a la Audiencia Nacional. Se sustituyó la desaparecida expresión “terrorismo” por un listado de delitos comunes que, si eran cometidas por personas integradas en bandas o grupos armados, seguían siendo competencia de la Audiencia Nacional. Entre ellos el asesinato, homicidio, lesiones, detención ilegal, depósito de armas, tenencia de explosivos y municiones, estragos y delitos conexos¹⁷¹.

El gobierno de la UCD tuvo que hacer frente a un difícil contexto socio-económico con una creciente escalada terrorista. Mediante el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana¹⁷², se otorgaron más competencias a la Audiencia Nacional, se aumentaron los supuestos en los que los jueces de instrucción podían decretar la prisión preventiva incondicional, se eliminó la posibilidad de recurso contra algunas decisiones judiciales en materia de detención, se suprimieron las excarcelaciones de presos o detenidos mientras la resolución no fuera firme si el recurrente era el Ministerio Público, se incrementaron las normas de derecho administrativo sancionador, se limitaron derechos fundamentales como el derecho de información y opinión, se implementó un sistema de indemnizaciones por daños ocasionados por actos terroristas y se autorizó a las Fuerzas Armadas para intervenir en el interior de las prisiones en supuestos de desórdenes graves¹⁷³. Este Real Decreto volvió a reconocer la autonomía de los delitos de terrorismo cuando la tendencia ya emprendida era justo la contraria, creando asimismo nuevas figuras delictivas, así como

171 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 104.

172 «BOE» núm. 28, de 1 de febrero de 1979, páginas 2636 a 2637. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-3062>

173 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 106.

singulares formas de participación, entre las que destaca la apología de personas y actividades, la realización de actos de colaboración que favorezcan la comisión de estos delitos y la figura del informador.

Luego llegaría el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, que creó la Audiencia Nacional, y se prorroga la vigencia de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados¹⁷⁴, sucediéndose a continuación distintas reformas: la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación¹⁷⁵, que vino a ampliar los delitos de apología, la Ley 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55. 2, de la Constitución¹⁷⁶, y la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar¹⁷⁷. Ésta última fue tramitada en un mes por el procedimiento de urgencia, como respuesta al golpe de estado del 23 de febrero de 1981. De ahí que se hablara de “ley de defensa de la Constitución española y en materia de terrorismo”. Se reformaron los arts. 214 y 217 del Código Penal y los arts. 214 y 217 del Código de Justicia Militar en lo referente a los delitos de rebelión y de terrorismo. Así, se incorporaron los arts. 174 bis a), b) y c). En el primero se castigaba a los integrantes de grupos o bandas armadas que asistieran a cursos o campos de entrenamiento terrorista, y también a aquellos que mantuvieran relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros¹⁷⁸.

Entre tanto, en el ámbito del Derecho internacional, España se había adherido en 1980 al Convenio Europeo para la represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo en

174 «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1979, páginas 27820 a 27821. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-28526>

175 «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13096 a 13097. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-11880>

176 «BOE» núm. 289, de 2 de diciembre de 1980, páginas 26645 a 26646. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-25996>

177 «BOE» núm. 107, de 5 de mayo de 1981, páginas 9477 a 9479. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-9983>

178 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 108.

1977¹⁷⁹, que enumera a efectos de extradición, los delitos no considerados como políticos ni como conexos con los mismos ni inspirados en móviles políticos.

En 1984, se aprobó la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución¹⁸⁰, que además de contener normas procesales y de Parte general, tipificaba varios grupos de actuaciones delictivas. GONZÁLEZ CUSSAC destaca que la finalidad de esta ley fue esencialmente simbólica, pues su principal novedad fue presentar en un solo texto todas las medidas penales y procesales ya existentes, manteniendo asimismo la decisión de incluir el delito de rebelión junto a los delitos de terrorismo, lo que poseía un inequívoco significado político, de modo que los intentos de golpe de Estado recibían idéntico tratamiento jurídico dentro de la legislación de emergencia. De esta forma, se reafirmaba cierta identidad estructural entre ambas tipologías: uso de la violencia, organización y finalidad política¹⁸¹.

Esta Ley Orgánica 9/1984 fue declarada parcialmente inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre¹⁸², y posteriormente derogada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal¹⁸³, que además de algunas normas en la Parte general en el Código Penal de 1973 entonces vigente, introdujo en la Sección de los “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes” –dentro de la regulación de las asociaciones ilícitas–, la punición de los promotores, directivos e integrantes de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes, así como de los actos de colaboración y determinados hechos delictivos realizados por sus integrantes.

179 Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1980, del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977. «BOE» núm. 242, de 8 de octubre de 1980, páginas 22357 a 22360. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-21629>

180 «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 1985, páginas 70 a 72. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-63>

181 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 108-109.

182 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 199/1987 de 16 de diciembre (RTC 1987, 199).

183 «BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1988, páginas 16159 a 16159. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12908>

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸⁴ introdujo en la ley procesal un art. 384 bis según el cual “Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión”. Medida sin duda adoptada tras tomar conciencia el Estado de la estrategia de ETA, que, como se ha expuesto, combinaba los atentados terroristas con la actividad meramente política, si bien llama la atención que tal norma carece de Exposición de Motivos.

2.2.4. La regulación del terrorismo en el Código Penal de 1995

Llegamos así al Código Penal de 1995¹⁸⁵, vulgarmente conocido como el “Código Penal de la Democracia”, que, en el Título XXI, expresamente consideraba asociaciones ilícitas, en el art. 515.2º, “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, regulando su punición en el artículo siguiente.

Los delitos de terrorismo se regulaban en la Sección 2ª (De los delitos de terrorismo) del Capítulo V (que a su vez llevaba una rúbrica más general: “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo”). Este Capítulo se incardinaba en el Título XXII (“Delitos contra el orden público”, entre los que se incluían los de sedición, atentados, desórdenes públicos y tenencia ilícita de armas, municiones y explosivos), a su vez contenido en el Libro II (“Delitos y sus penas”).

Los delitos de terrorismo se caracterizan, en el Código Penal de 1995, por consistir en la comisión de ciertos delitos comunes por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con organizaciones terroristas, así como por ser la finalidad a la que van encaminados, la de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la

184 «BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1988, páginas 16159 a 16160. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>

185 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-25444

paz pública”. De este modo, se tipificaban como terroristas los delitos de estragos o incendios cuando se cometían perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (art. 571), los atentados contra las personas (art. 572), la tenencia o depósito de armas (art. 573), la comisión de cualquier otro delito cometido con alguna de las finalidades citadas en el primero de los artículos (art. 574), la proporción de fondos a través de delitos patrimoniales (art. 575), los actos de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista (art. 576) e incluso la comisión de determinados delitos graves, sin necesidad de pertenecer a una banda armada, cuando tales delitos se cometiesen con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública (art. 577). Este último delito es el que se conoció como “terrorismo individual”.

También estaba previsto ya el castigo de los actos preparatorios (art. 578), la rebaja de la pena en el caso de abandono de las actividades, confesando los hechos y colaborando activamente con las autoridades (art. 579), así como la equiparación de las sentencias extranjeras a efectos de aplicación de la agravante de reincidencia (art. 580).

Las sucesivas reformas del Código de 1995 en materia de terrorismo fueron las siguientes:

La Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸⁶ amplió los delitos de amenazas y las incluyó entre los delitos comunes susceptibles de ser cometidos por organizaciones terroristas.

Aunque no modificó estrictamente el texto del Código Penal, cabe mencionar la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de Responsabilidad Penal de Menores¹⁸⁷, que estableció la responsabilidad penal de los mayores de 14 años y menores de 18 y que en su art. 9 fijaba la regla para la aplicación de las medidas (al no hablarse de penas sino de medidas respecto de los menores), señalando en su redacción original la medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración (complementada

186 «BOE» núm. 143, de 16 de junio de 1998, páginas 19789 a 19791. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-14062

187 «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000, páginas 1422 a 1441. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-641>

sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años) cuando se tratase de delitos de extrema gravedad, entre los que se incluían los de terrorismo, pues se aclaraba que “A los efectos de este artículo, se entenderán supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciase reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal”¹⁸⁸.

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo¹⁸⁹, pretendió dar respuesta al denominado “terrorismo urbano”¹⁹⁰ mediante la nueva redacción del artículo 577, relativo al “terrorismo individual”, castigando a “los que sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una

188 En la actualidad, tras su redacción mediante artículo único de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores («B.O.E.» 5 diciembre), vigente desde el 5 de febrero de 2007, dispone el mencionado artículo 9, en su apartado 2:

“2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

189 «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, páginas 45503 a 45508. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-23659

190 Resaltaba la Exposición de Motivos de la citada Ley que con la redacción anterior, el art. 577 tipificaba “las acciones de los que, sin pertenecer a banda armada, comparten sus fines y contribuyen a subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública. La experiencia demuestra, sin embargo, que estas previsiones no están cumpliendo el objetivo perseguido. Por una parte, porque los sucesos de terrorismo urbano sólo vienen considerados como tales en el caso de que exista riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Por otra, porque la actual legislación no facilita que se condene a quienes interviniendo en estas acciones portan, no ya los explosivos o armas que provocan incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión”.

población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes” que serían castigados con la pena correspondiente al hecho cometido en su mitad superior. Se tipificaban así acciones que, según la Exposición de Motivos de la propia Ley, no se limitaban a dañar bienes materiales individuales o colectivos, “sino que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas, poniendo con ello en entredicho valores constitucionales que, como el respeto a la vida o a la dignidad de las personas o la propia libertad, deben ser objeto de la máxima protección, incorpora el delito de daños al elenco de los enumerados en dicho precepto y resuelve las dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo”. Como se explica en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 175/2013, de 12 de marzo, *“el art. 577 CP fue modificado por la L.O. 7/2000 de 22.12 (RCL 2000, 2962), y supuso una ampliación de ámbito de aplicación incluyendo los daños y tenencia y de explosivos, con la finalidad de hacer frente al fenómeno conocido del terrorismo urbano o la violencia callejera, como destaca la Exposición de Motivos de la reforma (STS 517/2011 de 20.5 (RJ 2011, 4284)). El tipo penal se articula, STS 244/2011, de 5.4 (RJ 2011, 3162), por tres notas:*

a) La exigencia de tipos penales citados en dicho artículo.

b) Como nota negativa por personas no integradas en banda armada.

c) La comunión con un objetivo común con la actividad terrorista: la alteración de la paz pública o atemorización ciudadana en la forma expresa en el artículo. Se trata de una fórmula de cierre tendente a sancionar más gravemente, graves actos contrarios a la paz pública o atemorización social, cometidos por quienes no perteneciendo a grupos terroristas ejecutan tales actos con una confesada comunión con las finalidades por la que mueve el terrorismo ”¹⁹¹.

191 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 175/2013 de 12 de marzo (RJ 2013, 5206).

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo asimismo un nuevo tipo penal de “exaltación del terrorismo” en el art. 578 del Código Penal, lo que daba lugar asimismo a la reforma de los anteriores artículos 578 y 579, que ahora se refundían en el nuevo artículo 579, con algunas modificaciones. Este art. 578 CP castigaba “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”. El Juez también podía acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señalase, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 del Código, relativas a la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse a la víctima.

Este precepto, decía la Exposición de Motivos, “se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o

humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

Cabe también señalar que la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo una nueva disposición adicional cuarta en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, atribuyendo la competencia para conocer de los delitos de terrorismo cometidos por menores de edad al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, “cuyos autos y sentencias podrán ser objeto de recurso de apelación ante la Sala correspondiente de la propia Audiencia”.

Posteriormente, la Ley 6/2002 de 27 de junio de Partidos Políticos¹⁹², considerando indispensable, según su Exposición de Motivos, *“identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades”*, estableció un procedimiento judicial de ilegalización de un partido por dar un apoyo político real y efectivo a la violencia o el terrorismo, distinto del previsto en el Código Penal para disolver las asociaciones ilícitas. Como refiere AVILÉS FARRÉS, “tal norma puso fin a la extraordinaria situación en la que una misma fuerza, integrada por ETA, HB y demás entidades del entramado terrorista, pudiera actuar libremente, participar en elecciones, recibir subvenciones y al mismo tiempo asesinar a sus oponentes”¹⁹³.

El año 2003 fue especialmente prolijo. La Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales¹⁹⁴, entre otras medidas como la tendente a la modificación de la Ley

192 «BOE» núm. 154, de 28/06/2002. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-12756>

193 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 51.

194 «BOE» núm. 60, de 11 de marzo de 2003, Referencia: BOE-A-2003-4923. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-4923-consolidado.pdf>

Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de Partidos Políticos¹⁹⁵, dio una nueva redacción al art. 505 del Código Penal, castigando a “los que sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el acceso a los mismos, el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” así como a “quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a los miembros de corporaciones locales”.

Asimismo, en 2003, el Código Penal fue también reformado mediante la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas¹⁹⁶, que aunque no varió la tipificación de las conductas terroristas, sí modificó el artículo 76 CP en lo relativo al límite máximo de cumplimiento de las penas, que fue elevado a 40 años para los supuestos en que se cometiesen dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años, lo que encaja en los casos en que se cometen atentados terroristas causando la muerte de personas. También se endurecieron las condiciones para que los terroristas condenados pudiesen acceder al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional.

En el ámbito procesal, ese mismo año, Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional¹⁹⁷, que fijaba los criterios para adoptarla y su duración, vino a establecer en el art. 509.2 LECrim que “La incomunicación de los detenidos o presos durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis o se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días”.

195 «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1987, páginas 20169 a 20170. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-15276>

196 «BOE» núm. 156, de 1 de julio de 2003, páginas 25274 a 25278. Con vigencia desde el 2 de julio de 2003. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13022

197 «BOE» núm. 257, de 27 de octubre de 2003, páginas 38241 a 38246. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-19748

Faltaría aún, en 2003, dos nuevas reformas del Código Penal en materia de terrorismo. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁹⁸, modificó el apartado 2 del artículo 170, relativo al castigo a quienes reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas así como el art. 451.3 relativo al encubrimiento. Por su parte, la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal¹⁹⁹, añadía los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis, relativos a la convocatoria de elecciones o referéndums ilegales, así como el allegamiento de fondos a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos de terrorismo.

2.2.5. La regulación del terrorismo en el Código Penal tras la Ley Orgánica 5/2010

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁰⁰, vino a establecer un nuevo Capítulo VII del Título XXII, que, bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, conteniendo los artículos del 571 al 580, y dividido en dos Secciones, pretendía, según la Exposición de Motivos, *“una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI”*.

Asimismo, creó un Capítulo VII en el Título XXII del Libro II, que comprendía los artículos 571 a 580 y tenía por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo». Igualmente, creó la Sección 2.^a del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que comprendía los artículos 572 a 580 y tenía por rúbrica: «De los delitos de terrorismo».

198 «BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>

199 «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, páginas 46096 a 46097. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23645

200 «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

El art. 571.3 consideraba organizaciones o grupos terroristas “aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente”.

A salvo el terrorista individual a que se refería el art. 577 del Código, el elemento estructural quedaba definido como un auténtico eje en torno al cual se articulaban los delitos de terrorismo. El otro vendría constituido por el elemento subjetivo consistente en la finalidad política perseguida.

Tal elemento estructural característico del terrorismo se recogía en el art. 571.3, según el cual, a los efectos del Código, se consideraban organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que reúnan las características propias de las organizaciones o grupos criminales, y tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.

Quedaban a salvo del requisito del elemento estructural los delitos cometidos por los denominados “terroristas individuales” a los que continuaría refiriéndose el art. 577 CP, esto es, quienes, sin pertenecer a la organización o grupo terrorista, compartían no obstante con éstas la “finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”. La falta de tal elemento estructural no impedía por tanto que se considerasen tipos penales de terrorismo, dada su ubicación sistemática en el Código (Sección 2ª “De los delitos de terrorismo” del Capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo” del Capítulo XXII “Delitos contra el orden público”). Se consolidaba así la doctrina que, al amparo de la legislación anterior, venía defendiendo expresamente el Tribunal Supremo²⁰¹.

201 Así en Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 546/2002 de 20 de marzo (RJ 2002, 4124), con cita de la Sentencia de la misma Sala 1635/2001, de 19 de septiembre (RJ 2001, 7856), donde se resalta que precisamente que en el art. 577 del Código se establece “un requisito negativo, la no pertenencia a bandas organizadas o grupos terroristas”, lo cual no obstaba a que se considerasen delitos de terrorismo.

El art. 577 del Código Penal contenía un tipo agravado de los delitos comunes, que castigaba con la pena que correspondía al hecho cometido en su mitad superior a “los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren (entre otros delitos) homicidios”.

De este modo, aunque no se diese el mencionado elemento estructural, en nuestro Derecho, como ya explicara en su día el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 546/2002 de 20 de marzo, *“Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor”*²⁰².

El art. 577 Código Penal, como explicara el Tribunal Supremo en la Sentencia 244/2011 de 5 de abril, supuso la incriminación de conductas de lo que usualmente, se llamó y se llama “terrorismo urbano”. El tipo penal se articula por tres notas:

- a) La ejecución de tipos penales citados en dicho artículo y
- b) Como nota negativa efectuados por personas no integradas en banda armada.

202 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 546/2002 de 20 de marzo (RJ 2002, 4124). En la misma Sentencia se explica que la LO 7/2000, de 22 de diciembre, modificó el Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en relación con los delitos de terrorismo, destacando en su Exposición de Motivos que la razón de ello es que los “comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas”.

Entre los artículos del Código Penal que se modificaron, figura precisamente el art. 577, sobre el denominado “terrorismo urbano”, para incorporar el delito de daños al elenco de los enumerados en dicho precepto. En la modificación de la Ley sobre Responsabilidad Penal de Menores destaca la articulación en la Audiencia Nacional de un Juzgado Central de Menores al que se le atribuye la competencia para conocer de los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 580 del CP, modificándose consecuentemente la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988, de 28 de diciembre.

c) La comunión con un objetivo común con la actividad terrorista: la alteración de la paz pública o atemorización ciudadana de la forma expresada en el artículo.

Se trataba de una fórmula de cierre tendente a sancionar más gravemente, graves actos contrarios a la paz pública o atemorización social, cometidos por quienes no perteneciendo a grupo terrorista, ejecutan tales actos con una confesada comunión con las finalidades por las que se mueve el terrorismo de ETA²⁰³.

En resumidas cuentas, según lo previsto en los arts. 571 y ss. del Código Penal, tras su reforma mediante la Ley Orgánica 5/2010, el terrorismo quedaba caracterizado en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural o de organización, pues a salvo la excepción prevista en el art. 577, se exigía que la conducta se llevase a cabo por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaborasen con organizaciones o grupos criminales y, de otro, un elemento teleológico, pues, asimismo, se precisaba que estas agrupaciones actúen con la finalidad específica de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública²⁰⁴.

El Capítulo VI (“De las organizaciones y grupos criminales”) del Título XXII (“Delitos contra el orden público”) del Libro II del Código Penal quedaba integrado por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quater, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Dentro de él se recogían los conceptos de organización y de grupo

203 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Caso *Kale borroka* en Pamplona. Sentencia núm. 244/2011 de 5 de abril (RJ 2011, 3162).

204 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 840. En el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ explica que el terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural u organizativo, más de 2 personas que, con carácter estable o por tiempo indefinido, y de manera concertada y coordinada se reparten tareas o funciones y, de otro, un elemento subjetivo, finalístico o teleológico, pues se precisa que las organizaciones o grupos terroristas, dotados de una articulación idónea a sus objetivos, actúen con una finalidad específica, en concreto la de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” mediante la perpetración de cualquiera de las acciones tipificadas en los arts. 572 a 580 CP. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO y otros: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 809

criminales²⁰⁵, que constituían la base sobre la que articulaba el concepto de organización o grupo terrorista²⁰⁶:

La organización criminal, conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis, es “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

El grupo criminal, conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, consiste en “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”. Naturalmente, como apunta CAPITA REMEZAL, se plantea el interrogante de cuáles de esas características en la práctica faltarán, si la estabilidad, la duración indefinida o el reparto de manera concertada y coordinada de funciones, lo que en materia de terrorismo islamista plantea serias dudas²⁰⁷.

De este modo, las organizaciones o grupos terroristas venían a constituir un tipo agravado de las organizaciones y grupos criminales, caracterizadas, según preveía el art.

205 La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 explica que “*Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. Adicionalmente hay que apuntar que la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 del Código Penal había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita*”. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

206 La casuística había puesto de manifiesto la insuficiencia del delito de asociación ilícita (artículo 515) para regular los supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales; además, la inclusión de las organizaciones terroristas dentro del citado artículo había generado problemas de ámbito internacional derivados del cumplimiento del principio de doble incriminación, precisamente por haber enmarcado a la organización terrorista como una modalidad de asociación ilícita. Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), Sentencia núm. 22/2011 de 16 septiembre (ARP 2011, 1490).

207 CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389 (págs. 364-365).

571.3 del Código, porque su finalidad u objeto eran las la “subversión del orden constitucional” o “alterar gravemente la paz pública”.

Las diferencias apuntadas entre organización y grupo criminal tendrán su reflejo en una mayor punición para los integrantes o promotores de la organización que para los del grupo criminal. Sin embargo, en el caso de las agrupaciones terroristas, ya sean organizaciones o grupos, la penalidad prevista será la misma. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, daba la siguiente razón: *“en atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación, se opta -a diferencia del esquema adoptado en el capítulo anterior para las otras organizaciones y grupos criminales- por equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones propiamente dichas, manteniendo en este punto la misma respuesta penal que hasta ahora había venido dando la jurisprudencia”*.

Cabe mencionar además que la citada Ley Orgánica 5/2010 suprimió el término “banda armada” que se venía empleado en el Código²⁰⁸, lo cual fue considerado por la doctrina como un acierto²⁰⁹. Las bandas armadas quedaban así incluidas en el concepto de organizaciones o grupos para los que se preveían penas en su mitad superior por disponer de armas o instrumentos peligrosos (art. 570 bis 2, b).

De este modo, el Código Penal, tras la reforma de 2010, vino a acoger la definición de “organización terrorista” que ya venía siendo manejada por la jurisprudencia, y según la cual, para la existencia de una organización terrorista, era necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

1) La existencia de una pluralidad de personas, vinculadas entre sí y con relaciones de jerarquía y subordinación, que ha de mantenerse con cierta permanencia.

208 Concretamente en los artículos 90, 170, 505, 573, 575, 577 y 580 del Código Penal.

209 Cfr. CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389 (pág. 364).

2) El objetivo de ese conjunto de personas debe ser la comisión de acciones violentas contra personas y cosas (nótese que no se exige el uso de armas).

3) La finalidad del grupo ha de ir encaminada a conseguir pervertir el orden democrático-constitucional, mediante el miedo, el terror, lo que es el signo distintivo del terrorismo²¹⁰.

La Ley Orgánica 5/2010 introdujo además la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.4 CP²¹¹). Resulta así que -como pone de manifiesto LUZÓN CUESTA-, para que sea predicable la imprescriptibilidad se exige “un resultado y que la acción se realice en relación con organizaciones o grupos terroristas”. Igualmente destaca el Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo la necesidad de la consumación del resultado de muerte de alguna persona para que tanto los delitos como las penas impuestas sean imprescriptibles, conforme, respectivamente al apartado 4 del art. 131 y al apartado 2 del art. 133 del Código Penal²¹².

2.2.6. La regulación del terrorismo en el Código Penal tras la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo

Como se ha indicado, en los últimos años, el terrorismo religioso de corte yihadista ha sustituido a la amenaza que venía representado el terrorismo con fines políticos subversivos, como el de ETA o los GRAPO. Sin que sea éste lugar propicio para hacer un análisis exhaustivo de lo que supone el terrorismo yihadista, al igual que se ha hecho con ETA o los GRAPO, siendo el concepto jurídico del terrorismo un concepto histórico, no puede obviarse una breve introducción a la materia, siquiera a modo descriptivo del fenómeno, con el fin de aclarar cuáles son los elementos de la realidad tenidos en cuenta por las normas jurídicas.

210 Así en Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), Sentencia de 31 marzo de 2006 (JUR 2006, 139282).

211 Hoy art. 131.3, tras Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

212 Cfr. LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, adaptado al programa de la oposición a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 422.

- Breve referencia al origen y significado del terrorismo yihadista

Cabe comenzar señalando que, como en tantos aspectos relacionados con el terrorismo, las primeras dificultades con las que nos topamos al abordar el fenómeno son las lingüísticas.

Pese a que el término “terrorismo yihadista” es utilizado por lo general y de forma preferente en lugar de expresiones como “terrorismo islámico” o “terrorismo islamista”, consideradas políticamente incorrectas²¹³, su empleo no es del todo pacífico. Para estudiosos de la materia, como AVILÉS FARRÉS, los términos de yihad y terrorismo tienen una carga semántica contrapuesta. La interpretación de la “yihad” en clave terrorista sería algo relativamente moderno, de ahí que el autor suele hablar de “terrorismo yihadí”: “Terrorista es quien pretende provocar el terror para lograr sus objetivos políticos, mientras que el término yihad significa esfuerzo, sobre todo esfuerzo por seguir el mandato de Dios. En el Corán aparece como verbo, en la expresión *jihad fi sabil Allah*, es decir, esforzarse en el camino de Dios, una expresión que siempre se ha entendido en el sentido guerrero. La yihad es, pues, la guerra inspirada por un propósito religioso, la guerra por el Islam”²¹⁴.

De este modo, muchas acciones terroristas serían contrarias a la literatura jurídica sobre la yihad, que mayoritariamente excluye dar muerte deliberada a no combatientes, en especial a mujeres y niños. Esta literatura se remonta a los dichos y hechos del propio Mahoma, recogidos en las recopilaciones canónicas de hadices²¹⁵. La interpretación terrorista

213 Sobre la discusión lingüística acerca del uso de términos tales como “terrorismo islámico” “terrorismo islamista” o “terrorismo yihadista”, puede leerse el artículo de AZNAREZ TORRALVO, MALEN: «¿Terrorismo islamista?», publicado en el Diario “El País”, el 28 de marzo de 2004. http://elpais.com/diario/2004/03/28/opinion/1080428407_850215.html

214 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: «De la yihad clásica al terrorismo yihadí», Revista de Historia Militar, Ministerio de Defensa, número extraordinario, 2009, págs. 199-223. http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=75105 La misma expresión suele utilizar en AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010.

215 Por ejemplo, en la de Abu Daud, se recuerda cómo al ver el cadáver de una mujer a la que había dado muerte uno de sus lugartenientes, Mahoma mandó que le advirtieran que no debía matar a mujeres, niños ni siervos. Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco

de la yihad sería, en parte, resultado de la debilidad militar del islamismo radical frente a quienes considera sus enemigos, por lo que puede decirse que el terrorismo yihadí representa una versión de la yihad acomodada al escenario de los conflictos asimétricos. El terrorismo yihadista que surge en las décadas finales del siglo XX se basa en la reactivación del concepto tradicional de que la yihad, en su sentido guerrero, es necesaria para llevar el mensaje de Dios a toda la humanidad, así como en la nueva convicción de que la yihad no representa una obligación colectiva (*fard qifayah*) cuya iniciativa corresponde a los gobernantes musulmanes, sino una obligación individual (*fard ayn*) de todo creyente, que puede ser asumida por grupos reducidos, al margen de los gobernantes e incluso contra ellos, en el caso de que tales gobernantes sean musulmanes sólo en apariencia²¹⁶.

En esta concepción de la yihad, habría tenido un papel fundamental la doctrina de QUTB, considerado el más influyente pensador islamista del siglo XX, y cuya doctrina recogida en una extensa obra escrita, en la que destaca *Signos en el camino*, habría influido notablemente a Osama Bin Laden y a Ayman Al Zawahiri, considerado por muchos el principal ideólogo de Al Qaeda²¹⁷. Según QUTB, el mundo entero se hallaría en un estado de jahilliya, de ignorancia del mandato divino:

“Esta jahilliya se basa en la rebelión contra la soberanía de Dios en la tierra. Transfiere al hombre uno de los grandes atributos de Dios, en concreto la soberanía, y hace de los hombres los señores de los otros. Hoy no toma la forma simple y primitiva de la antigua jahilliya, sino que

Libros, Madrid, 2010, pág. 62. En ese dicho se apoyó Ibn Taymiyya, un ulema del siglo XIV muy reverenciado hoy por los islamistas radicales, para afirmar que no se debe matar a aquellos que no pueden luchar, es decir mujeres, niños, monjes, ancianos y discapacitados, a no ser que participen en la lucha con palabras o actos. Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: «De la yihad clásica al terrorismo yihadí», Revista de Historia Militar, Ministerio de Defensa, número extraordinario, 2009, págs. 199-223. http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=75105

216 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 61-62.

217 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 62-63.

toma la forma de pretender que el derecho a crear valores, a establecer normas legales de comportamiento colectivo y de escoger cualquier modo de vida corresponde a los hombres, sin respeto a lo que Dios ha ordenado. El resultado de esta rebelión contra la autoridad de Dios es la opresión de sus criaturas. Así es que la humillación del hombre común bajo los sistemas comunistas y la explotación de los individuos y naciones debida a la avaricia del imperialismo bajo el sistema capitalista no son sino el corolario de la rebelión contra la autoridad de Dios y la negación de la dignidad que al hombre le ha dado Dios. (...) Sólo en el modo de vida islámico se liberan todos los hombres de la sumisión a otros hombres para rendir culto sólo a Dios, guiándose sólo por Él e inclinándose sólo ante Él”²¹⁸.

QUTB proponía ya así un Estado islámico, para cuya formación es necesaria una vanguardia islamista que, al igual que había ocurrido con la primera comunidad islámica formada en torno a Mahoma en La Meca, debía concentrar inicialmente sus esfuerzos en la purificación religiosa, de modo que formase una nueva comunidad sometida sólo a Dios, que tarde o temprano se vería obligada a luchar físicamente contra sus enemigos. Pero el objetivo que QUTB se proponía no era tan sólo el de purificar las sociedades musulmanas, sino que llamaba a reanudar la expansión del Islam mediante la yihad, para extender por todo el mundo su dominio. Como en los primeros tiempos del Islam, los no musulmanes sólo tendrían dos alternativas: aceptar la condición de *dhimmies* (comunidades que mantienen su propia religión bajo la soberanía de un Estado musulmán al que pagan un impuesto) o convertirse al Islam²¹⁹.

No obstante lo expuesto, aquí emplearemos el término “yihadista” para referirnos a este tipo de terrorismo, por ser el que más aceptación

218 QUTB, 1964, introducción (traducción de J.A.), en cita de AVILÉS FARRÉS, JUAN: «De la yihad clásica al terrorismo yihadí», Revista de Historia Militar, Ministerio de Defensa, número extraordinario, 2009, págs. 199-223.
http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=75105

219 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: «De la yihad clásica al terrorismo yihadí», Revista de Historia Militar, Ministerio de Defensa, número extraordinario, 2009, págs. 199-223.
http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=75105

tiene tanto dentro como fuera del ámbito académico. Asimismo, en el plano estrictamente jurídico, es la expresión que viene empleándose en España, y la que se usa, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo²²⁰.

Siguiendo a REINARES, pueden distinguirse tres periodos en la amenaza terrorista de lo que él llama el “yihadismo global”. Un primer período es el que se inicia en 1988²²¹ con la formación de al-Qaeda como núcleo fundacional y matriz de referencia del terrorismo global propiamente dicho, para concluir, 13 años más tarde, con los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y sus inmediatas repercusiones. El segundo período que se abrió entonces terminó en 2011 con el abatimiento de Osama bin Laden y el comienzo de las convulsiones políticas en algunos países del mundo árabe, a lo largo del cual al-Qaeda se descentraliza y el yihadismo global adquiere los rasgos de un fenómeno polimorfo. En el tercer período, el actual, el “yihadismo global” se encuentra más extendido que nunca antes pero dividido, al menos inicialmente, pese a lo mucho que sin embargo tienen en común,

220 «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

221 En 1988, en las postrimerías de la contienda que la invasión soviética desencadenó en Afganistán a lo largo de ese mismo decenio y cuyo desenlace supuso el éxito de una operación encubierta de los servicios de inteligencia estadounidenses, cuando Osama bin Laden, junto a Abdullah Azzam y Ayman al-Zawahiri –saudí, palestino y egipcio, respectivamente– fundaron, por paradójico que parezca, dicha organización inspirada en las actitudes y creencias propias del salafismo yihadista. Esta ideología, una variante del salafismo de acuerdo con la cual el concepto religioso de yihad debe ser entendido exclusivamente en su acepción belicosa, justifica moral y utilitariamente la violencia terrorista con el objetivo último de instaurar un califato o suerte de imperio panislámico de orientación fundamentalista. Un califato que incorpore la totalidad de los territorios sobre los cuales ha existido dominio musulmán –al-Ándalus incluido– y se imponga sobre la totalidad del género humano. REINARES NESTARES, FERNANDO: «Yihadismo global y amenaza terrorista: de Al Qaeda al Estado Islámico», Revista de Occidente, ISSN 0034-8635, Nº 406, 2015, págs. 5-19. También en la página web del Real Instituto Elcano: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari33-2015-reinares-yihadismo-global-y-amenaza-terrorista-de-al-qaeda-al-estado-islamico

entre sus ahora dos matrices de referencia, es decir, al-Qaeda y, desde junio de 2014, el denominado Estado Islámico (EI)²²².

Refiere el citado autor que Al Qaeda y el EI son las dos entidades que pugnan actualmente por la hegemonía del yihadismo global, desde que, en abril de 2013, Ayman al Zawahiri desposeyera a la segunda de la condición de extensión territorial de la primera que ostentaba hasta entonces. Al Qaeda es una estructura terrorista global que, desde el inicio en 2002 de su proceso de descentralización, incluye tanto al núcleo central de la misma en Pakistán como a sus actuales cinco ramas territoriales fuera de ese país, concretamente en la Península Arábiga, el Magreb, el Este de África, Siria y el subcontinente indio. El Estado Islámico es, por su parte, la cuarta denominación consecutiva de una organización que inicialmente fue Al Qaeda en la Tierra de los Dos Ríos (AQTDOR), fundada en 2004. Ha impuesto su dominio sobre amplias zonas de Irak y Siria, al tiempo que cuenta con alguna colonia fuera de las mismas²²³.

El primer atentado con víctimas mortales en Europa Occidental asociado a la urdimbre del “yihadismo global” ocurrió el 25 de julio de 1995 en París, cuando miembros del Grupo Islámico Armado (GIA), de origen argelino y entonces estrechamente vinculado con al-Qaeda, mataron a ocho personas e hirieron a más de cien en un céntrico ramal de la Réseau Express Regional (RER)²²⁴.

222 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Yihadismo global y amenaza terrorista: de Al Qaeda al Estado Islámico», Revista de Occidente, ISSN 0034-8635, Nº 406, 2015, págs. 5-19. También en la página web del Real Instituto Elcano: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari33-2015-reinares-yihadismo-global-y-amenaza-terrorista-de-al-qaeda-al-estado-islamico

223 Cfr. REINARES NESTARES, FERNANDO: «Al Qaeda y el Estado Islámico», Diario “El País”, 11 de enero de 2015. http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/11/actualidad/1421004019_193415.html

224 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Diez cosas que importa saber sobre la amenaza del terrorismo yihadista en Europa Occidental». Comentario Elcano 11/2016 - 29/3/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-reinares-10-cosas-que-importa-saber-sobre-la-amenaza-del-terrorismo-yihadista-en-europa-occidental

En España, aunque se considera que el primer atentado terrorista de corte yihadista, aún no considerado “global”, fue el perpetrado el 12 de abril de 1985 en el Restaurante “El Descanso”, frecuentado por estadounidenses debido a su cercanía a la base de Torrejón de Ardoz, en el que murieron 18 personas y más de 80 resultaron heridas²²⁵, no fue hasta los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, que causaron 191 muertos y más de 1.800 heridos, cuando se tomó verdadera conciencia de la amenaza que este tipo de terrorismo significaba para España. Según REINARES, fueron preparados y ejecutados por integrantes de una red terrorista que tuvo tres componentes básicos –uno de ellos introducido por el desaparecido Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM) – y estuvo vinculada con mando de operaciones externas de al-Qaeda²²⁶. No obstante, a fecha de hoy aún se desconocen datos esenciales sobre la autoría y finalidades perseguidas por estos ataques.

225 Puede verse la noticia, como fue retransmitida por Radio Televisión Española en: <http://www.rtve.es/alacarta/videos/fue-noticia-en-el-archivo-de-rtve/atentado-restaurant-descanso/719690/>

También en Diario “ABC”, (Actualizado el 11-05-10) Viana I. (artículo en prensa). «1985: El primer gran atentado islámico en España», <http://www.abc.es/20100413/historia-/atentado-torreon-1985-islamismo-201004121803.html>

226 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Diez cosas que importa saber sobre la amenaza del terrorismo yihadista en Europa Occidental». Comentario Elcano 11/2016 - 29/3/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-reinares-10-cosas-que-importa-saber-sobre-la-amenaza-del-terrorismo-yihadista-en-europa-occidental

Alrededor de 30 individuos integraron la red del 11-M, parte de ellos movilizados de entre el remanente de la célula de al-Qaeda en España –la conocida como célula de Abu Dahdah– desmantelada en noviembre de 2001, otros desde las estructuras europeas del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM) y los demás a partir de una banda de delincuentes magrebíes tornados en yihadistas. Empezó a formarse en marzo de 2002, una vez tomada en diciembre de 2001 en Karachi la decisión de atacar en España, ratificada en febrero de 2002 en Estambul durante una reunión de organizaciones yihadistas norteafricanas y aprobada por los dirigentes de al-Qaeda hacia finales del verano o inicios del otoño de 2003. La red del 11-M estuvo conectada con la matriz de al-Qaeda en Pakistán mediante Amer Azizi, adjunto a su jefe de operaciones externas y antiguo destacado miembro de la célula de Abu Dahdah. REINARES NESTARES, FERNANDO: «Yihadismo global y amenaza terrorista: de Al Qaeda al Estado Islámico», Revista de Occidente, ISSN 0034-8635, Nº 406, 2015, págs. 5-19. También en la página web del Real Instituto Elcano: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari33-2015-reinares-yihadismo-global-y-amenaza-terrorista-de-al-qaeda-al-estado-islamico

REINARES, por su parte, refiere que la implicación de al-Qaeda quedó también de manifiesto en los atentados que el 7 de julio de 2005 produjeron en Londres 56 muertos y más de 500 heridos²²⁷.

El Estado Islámico de Irak y el Levante o EIIL, conocido como Estado Islámico o EI (en árabe al-Dawla al-Islāmīya), o como Dáesh o Daish, en junio de 2014 autoproclamó el califato desde la ciudad iraquí de Mosul pidiendo lealtad a todos los musulmanes del mundo. Al poco de configurarse como tal en el verano de 2014, los dirigentes del denominado Estado Islámico decidieron articular dentro de Europa Occidental –principalmente, aunque no sólo, en Bélgica y Francia– al menos una red operativa para desarrollar atentados en esos y otros países. Atentados mediante los cuales producir un miedo que incida sobre las conductas de los ciudadanos europeos y condicione las decisiones de sus gobernantes, ahondando la fractura entre musulmanes y resto de la población, en beneficio de EI y sus objetivos. Terroristas pertenecientes a una red operativa de EI, de la que existía constancia desde enero de 2015, llevaron a cabo en París, el 13 de noviembre de este mismo año, una serie de atentados cuyo balance fue de 130 muertos y no menos de 350 heridos. Lo citamos aquí expresamente por ser, como se expondrá, el desencadenante de la Proposición de Ley que desembocó en la actual regulación de los delitos de terrorismo en el Código Penal español.

A fecha de hoy, son tan numerosos los ataques terroristas de este tipo cometidos en ciudades europeas, que no pueden ser enumerados en un trabajo de estas características con el rigor que ello requeriría²²⁸.

227 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Diez cosas que importa saber sobre la amenaza del terrorismo yihadista en Europa Occidental». Comentario Elcano 11/2016 - 29/3/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-reinares-10-cosas-que-importa-saber-sobre-la-amenaza-del-terrorismo-yihadista-en-europa-occidental

228 A modo meramente ilustrativo cabe señalar que nos referimos, entre otros, a los atentados de Bruselas, 22 de marzo de 2016 (35 muertos, incluyendo 3 terroristas y 340 heridos en dos ataques coordinados contra el aeropuerto y el metro); Niza, 14 de julio de 2016 (85 muertos y 303 heridos al arrollar un terrorista con un camión a quienes celebraban el 14 de julio en el paseo marítimo) Berlín, 19 de diciembre de 2016 (12 muertos y 48 heridos al arrollar un terrorista con un camión a los visitantes de un mercadillo navideño), etc.

En cuanto a los fines que persigue y su repercusión en la regulación jurídica del terrorismo en España, cabe señalar que el terrorismo yihadista no sólo busca unas finalidades mucho más difusas que las pretendidas por ETA, difícilmente encasillables en las categorías previstas en el Código Penal, tales como subvertir el orden constitucional, pues ¿qué les importa a los yihadistas nuestro orden constitucional? ALONSO-FERNÁNDEZ refiere que el terrorismo yihadista es antioccidental y se encuentra sustentado por factores de diversos órdenes: en el orden político espiritual opera la intención de sustituir el sistema de vida laico por un régimen espiritualizado concebido desde la perspectiva coránica; en la esfera religiosa, la representación más importante se encuentra en la espada y el libro como emblemas del Corán para convencer al infiel y en caso negativo combatirlo o aniquilarlo; como emblema cultural actúa una ciega hostilidad hacia la moderna tecnología, salvo las que les conviene²²⁹.

En cuanto a su forma de actuar, el terrorismo yihadista se manifiesta, como expone REINARES, de dos formas fundamentales: por un lado en forma de atentados planificados de manera centralizada desde el exterior, preparados por responsables de células operativas locales con atención a las circunstancias específicas del lugar en que van a ser llevados a cabo y ejecutados con una letalidad elevada. Por otro lado, atentados cometidos por individuos que se desenvuelven aislados y están únicamente inspirados por la propaganda que difunden las organizaciones yihadistas. Entre uno y otro polo caben distintas manifestaciones intermedias. Tampoco deben descartarse atentados no convencionales en los que se utilicen, por ejemplo, elementos radioactivos o sustancias químicas²³⁰.

Es de notar que en cualquier caso, los terroristas yihadistas emplean medios operativos para los que el Código no preveía una respuesta satisfactoria²³¹. Ello es así

229 ALONSO-FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «La victimización del terrorismo», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 147-155 (151).

230 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Diez cosas que importa saber sobre la amenaza del terrorismo yihadista en Europa Occidental». Comentario Elcano 11/2016 - 29/3/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-reinares-10-cosas-que-importa-saber-sobre-la-amenaza-del-terrorismo-yihadista-en-europa-occidental

231 Como afirma el experto REINARES, “las disposiciones de nuestro Código Penal, pensadas para tratar con eficacia el terrorismo de ETA en sus diversas manifestaciones, no eran aplicables de igual modo al terrorismo yihadista, muy diferente en naturaleza, estructuración, composición, alcance y modalidades”. Critica asimismo este autor que pese al 11-M, pasaron más de seis años hasta que se introdujeron modificaciones en la normativa antiterrorista y que tales cambios, realizados en 2010, no

hasta el punto de que nuestra legislación antiterrorista, centrada tradicionalmente en el elemento estructural de las organizaciones terroristas, se ha abandonado como uno de los ejes centrales del concepto jurídico del terrorismo, en favor de considerar también terrorista, con carácter general y no como especialidad, al que actúa de forma individual, para dar así cobertura legal a la lucha contra los llamados “lobos solitarios”. De este modo, el Código ya no prevé una especialidad como la antes contenida en el art. 577 para los “terroristas individuales”.

Pues bien, con la finalidad de adaptar la legislación española a la amenaza que supone este tipo de terrorismo, el 2 de febrero de 2015, tras los graves atentados de París en enero de 2015, reivindicados por Al-Qaeda²³², el Partido Popular y el Partido Socialista suscribieron en el Palacio de la Moncloa el cuarto²³³ pacto antiterrorista entre ambos partidos, con la particularidad de que, por primera vez, el objetivo no era luchar contra el terrorismo de ETA sino contra el yihadista.

Como consecuencia de tal pacto, con fecha 4 de febrero de 2015, se presentó en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo²³⁴, en cuya Exposición de Motivos se reconoce que si bien hasta el momento el eje del tratamiento penal del terrorismo era la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración, el Código Penal, sin perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, ha de actualizarse para dar respuesta a las nuevas amenazas,

fueron resultado de la diligencia de las élites parlamentarias o de la presión de los intereses articulados en el sector de la Justicia, sino por un imperativo de la Unión Europea derivado de dos Decisiones Marco de 2002 y 2008 sobre lucha contra el terrorismo. Cfr. REINARES NESTARES, FERNANDO: «Estridencias sobre antiterrorismo. Nuestro Código Penal, pensado para ETA, no era aplicable al yihadismo», artículo de opinión publicado en “El País”, 4 de febrero de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/03/actualidad/1422986294_892527.html

232 Cfr. Diario “El País”, 10 de enero de 2015: «El terror yihadista pone a Francia ante un desafío histórico». http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/09/actualidad/1420789660_177092.html

233 Los tres anteriores fueron el Pacto de Madrid de 1987, el Pacto de Ajuria Enea del 1988 y el Pacto por las Libertades y contra el Terrorismo de 2000.

234 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B: Propositiones de ley, 4 de febrero de 2015, Núm. 211-1. Proposición 122/000189 presentada por: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Grupo Parlamentario Socialista Sr. Salvador Armendáriz, Sra. Oramas González-Moro y Sr. Álvarez Sostres (GMx). http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-211-1.PDF

concretamente al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²³⁵.

Poco después, se aprobaría la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo²³⁶, que ha conllevado la modificación más importante sobre esta materia desde la aprobación del Código.

La importancia política de la nueva regulación no radica tanto en la tipificación de nuevas acciones, tal y como aconseja el particular *modus operandi* de los yihadistas, ni tampoco en que se reste importancia al elemento estructural para facilitar la persecución de los terroristas que actúan de forma más autónoma, sino en que viene a establecer un nuevo concepto jurídico de terrorismo que no atiende ya tanto a los fines políticos perseguidos como a los resultados inmediatos que produce, permitiendo un amplio margen de discrecionalidad en su aplicación al incorporar conceptos deliberadamente indeterminados como “desestabilizar”, u otros tan enigmáticos como “estructuras sociales o económicas del Estado”, manteniendo asimismo otros que figuran también en otros tipos penales, como la “alteración grave de la paz pública”, lo que puede dar lugar a usos malintencionados.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2015 señala que el nuevo artículo 573 del Código Penal se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002²³⁷, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008²³⁸ y viene a ofrecer una nueva definición de los delitos de terrorismo en el

235 Se trata de la Resolución 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014. El texto puede leerse en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178\(2014\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178(2014)).

236 «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

237 Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en el «DOUE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7. Referencia: DOUE-L-2002-81127. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex:32002F0475>

238 Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en: «DOUE» núm. 330, de 9 de diciembre de 2008, páginas 21 a 23. Ref.: DOUE-L-2008-82452. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32008F0919>

Derecho español. Éstos consisten ahora en la comisión de cualquier delito grave contra determinados bienes jurídicos, siempre que se lleva a cabo, además, con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo.

Analicemos el concepto. Ha de tratarse en primer lugar de delitos graves²³⁹, cuya caracterización viene determinada por los arts. 13.1 y 33.2 del Código en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015²⁴⁰, que sean además cometidos contra alguno de los bienes jurídicos siguientes: la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías. Como puede comprenderse, esta combinación genera una enorme cantidad de acciones delictivas que son consideradas terroristas siempre y cuando, además, se cometan con alguna de las finalidades subjetivas también señaladas en el art. 573, esto es:

- 1) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
- 2) Alterar gravemente la paz pública.
- 3) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
- 4) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

De este modo, a las finalidades que hasta el momento constituían el elemento subjetivo del tipo y que convertían un delito “ordinario” (no terrorista) en un delito de terrorismo (“subvertir el orden constitucional” o “alterar gravemente la paz pública”), se han añadido la de “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, y la de “provocar un estado de terror en la población o en una parte de

239 Conforme al art. 13.1 del Código Penal, Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. Y el art. 33.2, por su parte, señala cuáles son esas penas.

240 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

ella”. A su vez, a la ya clásica finalidad de “subvertir el orden constitucional”, se le ha añadido la finalidad de “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

Asimismo, las diferencias con la regulación anterior pueden agruparse en tres aspectos que pueden ser analizados por separado:

1. El aparente abandono del elemento estructural clásicamente definitorio de las organizaciones o grupos terroristas, para recoger el Código una concepción más individualista de los delitos de terrorismo que se entiende más apropiada para hacer frente al terrorismo yihadista.
2. La inclusión de nuevas finalidades políticas, atendiendo más al resultado inmediatamente producido que a la finalidad política pretendida en última instancia, así como la concreción y desarrollo de las finalidades que ya señalaba el Código Penal. Todo lo cual facilita la prueba en el proceso penal.
3. La tipificación de delitos concretos propios del *modus operandi* de los yihadistas, suponiendo en muchas ocasiones un adelanto de la barrera penal.

Mediante la Ley Orgánica 2/2015, se ha dado además una nueva estructura al Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, cuya Sección 1ª consta ahora de los arts. 571 y 572. El primero de ellos establece que “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”. El 572, por su parte, castiga a quienes “promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista” con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años y a “quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos”, que serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años. Seguidamente, en la Sección 2ª (arts. 573 a 580) se tipifican los distintos delitos de terrorismo.

Examinados los concretos delitos de terrorismo vigentes, cabe distinguir dos categorías. Por un lado, encontramos un primer grupo de delitos caracterizados por ser delitos ya tipificados en otros pasajes del Código y que pasan a considerarse terroristas cuando se cometen con persiguiendo alguna de las finalidades políticas que el Código señala en el art. 573.1 CP, a los que cabe sumar los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior (art. 573.2 CP). También puede encuadrarse dentro de este primer grupo el delito del art. 574 CP, consistente en “el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados”, cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades antes expresadas.

Por otro lado, la reforma de 2015 introdujo en el Código Penal una serie de delitos que ya no son variaciones de delitos “ordinarios” (no terroristas) que pasan a ser terroristas por razón de la finalidad pretendida por su autor, sino que constituyen actos previos tendentes a la comisión de los delitos de terrorismo antes citados y que pasan por ello a ser punibles. Así, el art. 575 CP castiga al que “con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones”, entendiéndose que comete este delito “quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. Se castiga también a “quien, para ese mismo fin, o para colaborar

con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista”.

En el art. 576 CP, se castiga al que “por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos”, así como la financiación del terrorismo por cualquier medio, ya sea delictivo o incluso por imprudencia grave en el cumplimiento de las obligaciones legales de prevención de la financiación del terrorismo. Remisión ésta que habrá que entender especialmente hecha a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo²⁴¹.

El 577 CP castiga la colaboración, señalando específicamente que son actos de colaboración “la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior”. Se castiga también a “los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello”.

El art. 578 CP castiga el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 CP o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

El art. 579 CP a quien “difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión

241 «BOE» núm. 103, de 29/04/2010. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>

de alguno de los delitos de este Capítulo”, al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa” y “los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo”.

Finalmente, conforme al at. 580, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

2.3. Delimitación negativa del concepto jurídico del terrorismo en España

Una adecuada delimitación del concepto jurídico-penal del terrorismo exige tanto definir lo que es como lo que no es el terrorismo. Debido a la fuerte carga emotiva e ideológica que arrastra el término, atendiendo a la regulación actual del fenómeno en la legislación española que se ha expuesto, al contexto en que ha sido elaborada, y a nuestra legislación histórica, conviene comenzar señalando qué no es el terrorismo, desnudando al concepto de todos los elementos que pertenecen al concepto social o vulgar del “terrorismo”, pero que no forman parte del concepto jurídico.

2.3.1. El terrorismo no es un acto de guerra, sino un delito

Aunque pueda parecer una obviedad, no está de más iniciar la caracterización del concepto jurídico del terrorismo destacando que tanto en España como en los países de nuestro entorno, el fenómeno terrorista es tratado como un delito y en consecuencia le es de aplicación el Derecho penal y no los usos de la guerra, que se aplican en los conflictos armados entre Estados. Ello se debe fundamentalmente a que el poder del Estado, que legalmente ostenta el monopolio de la violencia, es considerado legítimo, y tiene tal predominancia que el terrorismo no es sino algo residual, por más que sus efectos puedan ser especialmente dañinos. Por ello, el terrorismo se define una acción subversiva, al no existir, grupos terroristas con capacidad operativa para plantear una guerra abierta al poder constituido en el interior de nuestras fronteras, controlando parte del territorio y luchando en igualdad de condiciones contra el Estado. En un mundo

dividido en Estados, el terrorismo es llevado a cabo por quien pretende imponer violentamente un orden político determinado, careciendo de la estructura estatal.

Hoy en día existe el autodenominado “Estado Islámico”, que desde junio de 2014 proclamó un califato, dominando un vasto territorio entre Irak y Siria. Esta circunstancia, que parece desdibujar el panorama planteado, es sin embargo irrelevante a los efectos del tratamiento jurídico que el fenómeno recibe en España²⁴², en la medida en que nuestra legislación resulte de aplicación, por encajar los hechos a juzgar en las previsiones del art. 23.4 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁴³, que atribuye competencia en el orden penal a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española como terrorismo, “siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
- 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;
- 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
- 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
- 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

242 Tomando como referencia el año 2016, señalan REINARES y GARCÍA-CALVO que, a lo largo de los cuatro últimos años, más de 150 individuos han sido detenidos y puestos a disposición judicial en España como resultado de sucesivas operaciones policiales contra el terrorismo yihadista. El 18,4% de ellos lo fueron por su implicación en actividades relacionadas con al-Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI) y con el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (MUYAO) –una de sus entidades asociadas–, mientras que el 81,6%, es decir un total de 124, como consecuencia de actividades relacionadas con el denominado Estado Islámico (EI). Cfr. REINARES, FERNANDO – GARCÍA-CALVO, CAROLA: «Estado Islámico en España», Real Instituto Elcano, Madrid, 2016, pág. 17. <http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/libros/Informe-Estado-Islamico-Espana.pdf>

243 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666> Apartado 4.e) del art. 23 modificado por la disposición final 1 de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo. Ref. BOE-A-2015-3440.

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles”.

Es cierto que en el ordenamiento jurídico español existen previsiones legales diferenciadas para luchar contra los delitos de terrorismo, nacidas con la finalidad de luchar contra ETA, y que pueden ser consideradas medidas de excepción, sin perjuicio de que su existencia y aplicación, amparada incluso por la propia Constitución en su art. 55.2, constituya la normalidad y no la excepcionalidad²⁴⁴.

Pero aun así, en líneas generales, y a salvo las excepciones normativas que se estudiarán, fundamentalmente de índole procesal, puede decirse que el Estado otorga al terrorismo en España un tratamiento similar al resto de delitos: persecución con medios policiales (sin perjuicio de la importancia de las labores de inteligencia), instrucción y enjuiciamiento en el orden jurisdiccional penal, respeto a los derechos fundamentales reconocidos por las leyes con aplicación de normas procesales predeterminadas, imposición de penas fundamentalmente privativas de libertad, que se dicen orientadas a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), con prohibición de imposición de pena de muerte (art. 15 CE) y ejecución de la sentencia en un centro penitenciario.

244 Como pone de manifiesto ABELLÁN MATESANZ, en la propia página web del Congreso de los Diputados, “no deja de resultar sorprendente -o si se quiere, un tanto anómalo- el que la Constitución contemple en su texto unas medidas que, si bien encuentran su justificación en la lucha contra un mal terrible como es el terrorismo en nuestro país, responden a circunstancias extraordinarias y, por tanto, temporales. La constitucionalización de tales medidas dota de estabilidad y permanencia a un instituto que, por su propia naturaleza, ha de ver limitadas su aplicación y vigencia. En cualquier caso, tampoco ello debe ser considerado con absoluta extrañeza, porque situaciones semejantes se encuentran ya en el Derecho Comparado (en la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo), y numerosas democracias se han planteado el hacer frente al problema del terrorismo con normativas específicas, de diverso rango, pero cuyo denominador común es la limitación, restricción o privación de derechos y libertades”. Cfr. ABELLÁN MATESANZ, MARÍA ISABEL: «Sinopsis del art. 55 de la Constitución» (actualizado por Sara Sieira), en la página web del Congreso de los Diputados. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2>

Resulta por tanto que el concepto jurídico del terrorismo tiene como presupuesto la legitimidad del Estado y la ilegitimidad del “terrorista”, que no actúa bajo las órdenes de ningún Estado o al menos, no es posible atribuir directamente responsabilidad a un Estado extranjero, lo que constituiría un *casus belli*. Claro que el hecho de que el terrorismo se considere delito y no acto de guerra no significa -como pone de manifiesto JIMÉNEZ FORTEA-, que excepcionalmente no puedan aprovecharse determinados medios militares, personales y materiales en labores de lucha contra el terrorismo, por ejemplo en tareas de vigilancia. No obstante, la respuesta policial, de inteligencia y judicial serán las adecuadas para hacer frente a la amenaza terrorista, pero no cualquier clase de respuesta, sino únicamente las que respeten los derechos humanos y estén configuradas legalmente²⁴⁵.

En España, el tratamiento jurídico que el Código Penal español dispensa en la actualidad y ha dispensado tradicionalmente al terrorismo está claramente influido por las particulares características del fenómeno al que históricamente ha tenido que hacer frente el Estado, y que ha consistido en acciones criminales sorpresivas organizadas por personas integradas en estructuras más o menos clandestinas (sin perjuicio de que éstas sean conocidas y del mayor o menor apoyo social, fundamentalmente desde el punto de vista ideológico, que hayan podido tener) pero nunca organizadas como ejércitos regulares que controlen determinadas zonas del territorio o cuenten con el apoyo abierto de gran parte de la población en sus acciones operativas.

Además de las circunstancias políticas de España que han determinado que el papel del ejército quede relegado a actuaciones en el exterior, el tratamiento jurídico del fenómeno del terrorismo como fenómeno delictivo y no como un conflicto armado puede fundamentarse en las características psicológicas que determinan el comportamiento de los intervinientes en los distintos fenómenos: el terrorista frente al soldado. GARCÍA-TREVIJANO afirma que “el terrorismo y la guerra son fenómenos políticos que expresan el carácter violento de las ambiciones de poder. Pero no tienen la misma naturaleza. El soldado sigue siendo, por su condición estatal, un animal político y está sujeto a las leyes de la guerra. El terrorista, por su visión preestatal del mundo, se

245 JIMÉNEZ FORTEA, JAVIER: «De la restricción de derechos a un “derecho procesal del enemigo”», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 611 y ss.

despoja del adjetivo aristotélico y no acata más leyes que las instintivas de la delincuencia sectaria”²⁴⁶.

De tal distinción psicológica puede derivarse, como consecuencia jurídica, la aplicación de una rama distinta del Derecho a cada uno de estos dos fenómenos: el terrorismo y la guerra. El fenómeno del terrorismo encuentra su respuesta en el Derecho Penal, y al conflicto armado le es de aplicación del Derecho internacional, que regula tanto el recurso a la fuerza armada en las relaciones entre Estados (*ius ad bellum*) como el comportamiento de las partes contendientes durante el mismo con el fin de limitar los sufrimientos y destrucción causados por el mismo (*ius in bellum*), Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de los conflictos armados²⁴⁷. Distinción que sigue la pauta marcada por SANTO TOMÁS DE AQUINO (1224-1274) sobre la “guerra justa” (*bellum iustum*).

Tal guerra justa, para SANTO TOMÁS, debía reunir las siguientes condiciones:

- 1) ser decidida por la autoridad de un príncipe; en lenguaje actual habría que decir por una autoridad soberana;
- 2) ha de existir una “causa justa”, es decir, ha de ser debida a una *iniuria* o violación del Derecho, y

246 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «El terrorista», Diario “La razón”, jueves 13 de diciembre de 2001.

247 OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR - PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL: *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 24; más ampliamente en OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR: «Ámbito de actuación del Derecho penal», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 601 – 640 (607 y 608).

Por su parte, DE LA CORTE IBÁÑEZ, en *La lógica del terrorismo*, adapta un cuadro esquemático de MERARI en el que se consignan las diferencias entre guerra convencional, guerra de guerrillas y terrorismo. Las principales diferencias, por lo que aquí nos interesa es que mientras que en la guerra, los blancos de las agresiones son mayormente unidades militares, industria e infraestructura de transportes y comunicaciones, en el terrorismo son los símbolos del Estado, representantes políticos y población no combatiente en general. También que el terrorista, a diferencia del soldado o el guerrillero, nunca viste uniforme y que el terrorismo, a diferencia de la guerra y la guerra de guerrillas, no busca el control del territorio. Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 47. El reciente fenómeno del autodenominado Estado Islámico, pese a configurarse como un poder político que controla un extenso territorio cuyas fronteras pretenden ampliar para la implantación de un Califato, no contradice estos criterios de clasificación, pues aunque utilice los medios clásicos de la guerra para la defensa del territorio sobre el que se asienta, las acciones violentas que lleva a cabo fuera de sus fronteras encajan a la perfección en el concepto de terrorismo apuntado.

3) tiene que darse una “recta intención” de los beligerantes, o sea, que el soberano que declara la guerra debe buscar el bien común y no debe iniciarla por odio, venganza o codicia²⁴⁸.

Cabe asimismo señalar que, por su propia definición, las características de la guerra justa de SANTO TOMÁS, formuladas hace ya casi ocho siglos, no pueden en modo alguno justificar el terrorismo, aunque sí la guerra contra éste, al corresponder al “príncipe” defender el bien público de la ciudad tanto frente a los perturbadores internos como a los externos²⁴⁹.

La guerra llevada a cabo por un Estado soberano y el terrorismo desarrollado por quien carece de tal consideración de Estado son por tanto cosas distintas. Es cierto que en la lógica interna de un conflicto armado se darán situaciones en que acciones llevadas a cabo por militares actuando al servicio de un Estado provoquen una situación de terror en la población civil, pero esta posibilidad está contemplada y admitida en el ámbito del Derecho internacional²⁵⁰, de modo que estos supuestos no quedan

248 Como se desprende de la *Summa Theologiae*, II-II, q.40, según recopila DÍAZ DE VELASCO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 911.

249 Decía SANTO TOMÁS que “no incumbe a la persona particular declarar la guerra, porque puede hacer valer su derecho ante tribunal superior, además la persona particular tampoco tiene competencia para convocar a la colectividad, cosa necesaria para hacer la guerra. Ahora bien, dado que el cuidado de la república ha sido encomendado a los príncipes, a ellos compete defender el bien público de la ciudad, del reino o de la provincia sometidos a su autoridad. Pues bien, del mismo modo que la defienden lícitamente con la espada material contra los perturbadores internos, castigando a los malhechores, a tenor de las palabras del Apóstol: *No en vano lleva la espada, pues es un servidor de Dios para hacer justicia y castigar al que obra mal* (Rom 13,4), le incumbe también defender el bien público con la espada de los enemigos externos”. TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, II-II (segunda sección de la segunda parte), cuestión 40, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1990, págs. 337-338. En internet en: <http://biblioteca.campusdominicano.org/3.pdf>

250 Como refiere OLÁSOLO ALONSO, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señaló en el Caso Galic (párrafos 91 a 98) que el recurso al terror contra la población como estrategia política no es un fenómeno exclusivo de las situaciones de paz, de manera que terrorismo internacional y conflicto armado no son necesariamente dos fenómenos excluyentes. Por el contrario, con frecuencia los Estado y grupos armados organizados que se enfrentan en un conflicto armado utilizan ciertas formas de violencia, o dirigen sus ataques contra ciertos objetivos, con la intención de provocar el terror entre la población civil para así conseguir importantes ventajas político-militares. Además, como se ha visto últimamente en Irak, es cada día menos inusual que personas o grupos ajenos a las partes contendientes lleven a cabo en el marco de un conflicto armado actos de violencia terrorista que no se encuentran directamente relacionados con el conflicto en sí mismo. Además, a diferencia de lo que ocurre cuando no existe un conflicto armado, el Derecho internacional humanitario no impone a las partes contendientes una prohibición absoluta de recurrir al terror. En este sentido, cabe mencionar los conflictos armados en Irak en 1991 y en 2003, en los que las fuerzas de la Coalición

subsumidos en el Derecho Penal, sino en las normas de Derecho Humanitario que resultan de aplicación²⁵¹, fundamentalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949²⁵² y sus Protocolos adicionales²⁵³.

gozaron de un dominio del espacio aéreo sin precedentes debido a su enorme superioridad tecnológica sobre las tropas iraquíes. En estas situaciones, quienes tienen la condición de combatientes o participan directamente en las hostilidades –a diferencia de los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en situaciones de paz– tienen jurídicamente la obligación de soportar el terror que el enemigo pretende infligirles mediante el uso de ciertos medios y métodos de combate. Del mismo modo, el Derecho internacional humanitario no prohíbe tampoco de manera absoluta que las partes contendientes recurran a ciertos actos de violencia que inevitablemente van a generar terror en la población civil, como puede ser el bombardeo de instalaciones cercanas a zonas de población civil, considerando el Derecho internacional humanitario que esos ataques son lícitos en tanto en cuanto no se prevea que puedan provocar daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar que se espere obtener de su consecución con éxito. Cfr. OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR: «Ámbito de actuación del Derecho penal», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 601 – 640 (610 y ss.).

251 Pueden citarse los siguientes Convenios, por orden cronológico:

- 1864: Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña
- 1868: Declaración de San Petersburgo (prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra)
- 1899: Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864
- 1906: Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864
- 1907: Revisión de los Convenios de La Haya de 1899 y aprobación de nuevos Convenios
- 1925: Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos
- 1929: Dos Convenios de Ginebra: revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1906 y Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (nuevo)
- 1949: Cuatro Convenios de Ginebra: I Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña; II Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (nuevo)
- 1954: Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado
- 1972: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción
- 1977: Dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 que mejoran la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y no internacionales (Protocolo II)
- 1980: Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. A ella se añaden: el Protocolo (I) sobre fragmentos no localizables; el Protocolo (II) sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos; el Protocolo (III) sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias
- 1993: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el CICR 11 almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción
- 1995: Protocolo sobre armas láser cegadoras (Prot. IV [nuevo] de la Convención de 1980)
- 1996: Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II [enmendado] de la Convención de 1980)
- 1997: Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

Incluso en los llamados “conflictos desestructurados” resulta de aplicación el Derecho internacional y no el Derecho penal interno de cada Estado (a salvo, como se verá, de la calificación del hecho que dé el Estado que se decida a reaccionar contra el mismo), pues el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y referido a los conflictos no internacionales impone a todos los grupos armados, sublevados o no, que respeten a quienes hayan depuesto las armas y a quienes no participen en las hostilidades, como son las personas civiles²⁵⁴.

-
- 1998: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
 - 1999: Protocolo de la Convención de 1954 sobre bienes culturales
 - 2000: Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados
 - 2001: Enmienda del artículo 1 de la Convención sobre ciertas armas convencionales

Cfr. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Derecho Internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas*, Ginebra (Suiza), marzo de 2005. https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

252 Son los siguientes: I Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña; II Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Los Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950. Fueron ratificados paulatinamente a lo largo de las décadas: 74 Estados ratificaron los Convenios en la década de 1950, 48 Estados lo hicieron en la de 1960, 20 Estados, en la de 1970, y otros 20, en la de 1980. Veintiséis Estados ratificaron los Convenios a comienzos de los años 1990, sobre todo después de la disolución de la Unión Soviética, Checoslovaquia y ex Yugoslavia.

Gracias a siete nuevas ratificaciones que se concretaron a partir del año 2000, el total de Estados Partes se elevó a 194, lo que significa que los Convenios de Ginebra ahora son aplicables universalmente.

Cfr. Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

253 En las dos décadas siguientes a la aprobación de los Convenios de Ginebra, el mundo presenció un aumento en el número de conflictos armados no internacionales y de guerras de liberación nacional. En respuesta a esta evolución, en 1977 se aprobaron dos Protocolos adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Estos instrumentos refuerzan la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales (Protocolo I) y de los conflictos no internacionales (Protocolo II) y fijan límites a la forma en que se libran las guerras. El Protocolo II es el primer tratado internacional dedicado exclusivamente a las situaciones de conflicto armado no internacional.

En 2005, se aprobó un tercer Protocolo adicional, que establece un emblema adicional, el cristal rojo, que tiene el mismo estatuto internacional que los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja.

- Protocolo adicional I- conflictos internacionales
- Protocolo adicional II- conflictos no-internacionales
- Protocolo adicional III- emblema distintivo adicional

Cfr. Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>

254 Dispone el citado art. 3:

En sentido similar a lo afirmado por GARCÍA-TREVIJANO, para AVILÉS FARRÉS, “los terroristas no son guerreros que combaten por otros medios, sino criminales de guerra que actúan en tiempos de paz. Puesto que ignoran las normas de la guerra establecidas en las convenciones de La Haya y Ginebra, se sitúan al margen de la protección que estas mismas convenciones ofrecen a aquellos combatientes irregulares que cumplen las reglas mínimas de llevar distintivos, portar armas abiertamente y conducir sus operaciones «de acuerdo con las leyes y costumbres de la guerra», especialmente aquellas que excluyen el ataque deliberado contra poblaciones civiles. Por ello, al ser capturados, no pueden aspirar a la condición de prisioneros de guerra, sino que han de ser considerados criminales. De hecho muchas actuaciones características del terrorismo, como los atentados contra civiles, la toma de rehenes o la

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

Cfr. Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja:
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>

ejecución de personas capturadas, serían crímenes de guerra si fueran cometidas por soldados en tiempos de guerra”²⁵⁵.

Cabe señalar que en el Derecho Humanitario están prohibidos:

- todos los actos encaminados a aterrorizar a la población civil (art. 51, párr. 2, Protocolo I; y art. 13, párr. 2, Protocolo II);
- ataques contra la población civil y los bienes de carácter civil (arts. 51, párr. 2, y 52, Protocolo I; 13, Protocolo II);
- los ataques indiscriminados (art. 51, párr. 4, Protocolo I);
- los ataques contra los lugares de culto (art. 53, Protocolo I; art. 16, Protocolo II);
- los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56, Protocolo I; art. 15, Protocolo II);
- la toma de rehenes (art. 75, Protocolo I; art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; y art. 4, párr. 2b, Protocolo II);
- el homicidio de personas que no participan o que han dejado de participar, en las hostilidades (art. 75, Protocolo I; art. 3 común a los cuatro Convenios; art 4, párr. 2a, Protocolo II).

La distinción entre terrorismo y acto de guerra atendiendo a que la acción violenta sea llevada a cabo o no por un Estado conlleva asimismo la distinción entre civiles y combatientes. Tal distinción constituye, junto con la prohibición de perpetrar ataques contra la población civil o de perpetrar ataques indiscriminados, el núcleo esencial del Derecho Humanitario²⁵⁶.

Si atendemos a la regulación del terrorismo en el Derecho español, donde las acciones consideradas “terroristas” están tipificadas en el Código Penal, resulta que no está previsto que quien lleva a cabo una acción violenta con fines políticos en territorio

255 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: «De la yihad clásica al terrorismo yihadí», *Revista de Historia Militar*, Ministerio de Defensa, número extraordinario, 2009, págs. 199-223, con cita de SCHMID, ALEX PÁG.: «Frameworks for conceptualizing terrorism», en *Terrorism and Political Violence*, 16-2, 2004, págs. 202-205.
http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=75105

256 Cfr. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: *Derecho Internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas*, Ginebra (Suiza), marzo de 2005.
https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf

de la jurisdicción española (concepto éste que hay que entender referido al art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pueda actuar bajo el mando ni a las órdenes de ningún Estado reconocido en el Derecho internacional. Lo contrario, la acción criminal con fines políticos llevada a cabo por agentes o personas que actúen dirigidas por otro Estado, sería constitutivo de *casus belli*, y siguiendo los términos acuñados por HUGO GROCIO en *De Iure Belli ac Pacis* (1625), pasaríamos del Derecho de la Paz al Derecho de la Guerra.

En este orden de cosas, adquiere sentido que países como Estados Unidos o Francia hayan declarado más o menos formalmente la guerra al terrorismo, sobre todo desde la irrupción en el escenario internacional del autodenominado Estado Islámico, que cuenta con un ejército controlando un territorio y que se atribuye a sí mismo la autoría de atentados indiscriminados cometidos en suelo europeo. No se trata de una mera declaración retórica. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, considerar acto de guerra un acto de terrorismo desemboca en la aplicación del art. 42.7 del Tratado de la Unión Europea²⁵⁷, como hizo Francia tras los atentados de París en noviembre de 2015²⁵⁸. Dispone tal artículo que:

257 Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht, Publicado en DOUEC núm. 340 de 10 de noviembre de 1997.

Instrumento de Ratificación dado el 29 de diciembre de 1992 y publicado en el «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1994, páginas 858 a 926. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-626>

258 Cfr. Noticias del Parlamento Europeo “En Portada”: *¿Qué implica la cláusula de defensa mutua?*, Página web del Parlamento Europeo Ref. 20160119STO10518. Actualización: 21-01-2016 - 16:53. <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20160119STO10518/%C2%BFqu%C3%A9-implica-la-cl%C3%A1usula-de-defensa-mutua>

“Tras los atentados de noviembre en París, Francia solicitó al resto de países de la Unión Europea la activación de la cláusula de asistencia incluida en los Tratados de la UE y hasta ese momento nunca utilizada. En una resolución adoptada el 21 de enero de 2016, los eurodiputados piden que esta cooperación sirva para reforzar la seguridad y la defensa europea, y reclaman que las instituciones de la UE desempeñen un papel más relevante. Este artículo y su infografía explican las implicaciones.

La cláusula figura desde 2009 en el apartado 7 del artículo 42 del Tratado de la Unión Europea. Establece que los países de la Unión Europea (UE) tienen la obligación de ayudarse si uno de ellos "es objeto de una agresión armada en su territorio". Este apoyo debería ser coherente con posibles compromisos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

No se han definido ningún procedimiento formal y el artículo no explicita que la ayuda deba ser militar, lo que permite la participación de países neutrales como Austria, Finlandia, Irlanda y Suecia.

Francia invocó la cláusula de asistencia mutua el 17 de noviembre de 2015 y, desde entonces, ha mantenido contactos bilaterales con los otros países de la UE para identificar qué tipo de ayuda es posible. Algunos países han expresado su voluntad de sumarse a las operaciones contra los terroristas en Siria e Irak. Otros están dispuestos a aumentar su presencia en otras misiones internacionales, lo que permitiría que las tropas francesas sean desplegadas en otras zonas”.

“Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros”.

Asimismo, si el Estado atacado es un Estado miembro de la OTAN, como también lo es España, podría invocarse el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte, que dispone como sigue:

“Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte.

Todo ataque armado de esta naturaleza y toda medida adoptada en consecuencia se pondrán inmediatamente en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales”²⁵⁹.

Ello, salvo que el eventual atentado se produjese en Ceuta o en Melilla, fuera del ámbito de protección de la OTAN²⁶⁰.

259 Instrumento de Adhesión del Reino de España al Tratado del Atlántico Norte (art. 5). «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 1982, páginas 14393 a 14394. Entró en vigor para España el día 30 de mayo de 1982, fecha del depósito del Instrumento de Adhesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-12535>

260 Toda vez que el art. 6 del Tratado del Atlántico Norte dispone que “A efectos del artículo 5. se considera ataque armado contra una o varias de las Partes; un ataque armado contra el territorio de cualquiera de las Partes en Europa o en América del Norte, contra los departamentos franceses de

2.3.2. El concepto jurídico de “terrorismo” en España no incluye el “terrorismo de Estado”.

2.3.2.1. Breve caracterización del “terrorismo de Estado”

Al amparo del carácter plurisignificante del término “terrorismo”, que puede referirse a realidades diferentes, GARCÍA SAN PEDRO distinguía en su monografía entre dos bloques: de un lado, el denominado “terrorismo revolucionario o subversivo”, que comprende los actos realizados por los que aspiran a detentar el poder, y de otro el que es ejercitado por quienes detentan el poder político, conocido comúnmente como “terrorismo de Estado”²⁶¹. Estos dos grandes bloques se corresponderían, aproximadamente, con la distinción que hace MERTENS entre “violencia institucional” y “violencia de resistencia”²⁶².

Cabe mencionar que el término “terrorismo de Estado”, al igual que el término “terrorismo”, está cargado de connotaciones peyorativas. Pero a diferencia del “terrorismo” sin más, que alude al terrorismo “subversivo”, el terrorismo de Estado alude al uso sistemático de la violencia de forma ilegítima ejercida por un gobierno contra una parte de la población sujeta a su control, a la que considera sus adversarios políticos.

Para RODRÍGUEZ URIBES, el terrorismo de Estado se daría en las situaciones en que el Estado utiliza la violencia de forma ilegítima, ilegal o desproporcionada. En los Estados totalitarios y en las dictaduras tiene además carácter sistemático, estructural. En las democracias se daría de forma excepcional, y los mejores mecanismos para evitarlo, apuntados por el autor, serían “la separación de poderes y el imperio de la

Argelia, contra las fuerzas de ocupación de cualquiera de las Partes en Europa, contra las islas bajo jurisdicción de cualquiera de las Partes en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer o contra los buques o aeronaves de cualquiera de las Partes en la citada región”.

261 GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, págs. 13 y ss.

262 En «Violencia institucional, violencia democrática y represión», en *La violencia y sus causas*, UNESCO, 1981, pág. 242, según se cita en GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 14.

ley”²⁶³. Sin embargo, el mismo autor reconocerá que el terrorismo de Estado “no es terrorismo sino directamente un supuesto de violación de derechos humanos, el más grave y paradigmático”²⁶⁴.

JOSÉ MARÍA BENEGAS, por su parte, ofrece en su *Diccionario de Terrorismo*, un concepto más amplio, según el cual el “terrorismo de Estado” sería un terrorismo organizado, impulsado o tramado por un Estado –autoritario o democrático–, o por los agentes policiales o militares del mismo. Se trataría, en definitiva, de la utilización de los métodos terroristas por parte del Estado²⁶⁵.

Pero dentro del bloque denominado “terrorismo de Estado”, y atendiendo a la publicidad de las acciones violentas, cabe no obstante distinguir entre el terror que se infunde desde el poder de forma habitual y públicamente conocida, como forma de control político de la población²⁶⁶, y aquellas acciones violentas y no sujetas a Derecho que, aun ejecutadas por quien detenta el poder o por estructuras afines al Estado, se llevan a cabo de secreta y clandestinamente, incluso de forma episódica, para eliminar o neutralizar opositores reales o potenciales al régimen. Y ello con independencia de que tales opositores puedan estar empleando o amenacen con emplear, a su vez, métodos subversivos terroristas, como sucedió en España con los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL).

BENEGAS apunta tal diferenciación entre distintas clases de terrorismo en atención a la publicidad de las acciones, aunque, no obstante, considera que lo determinante para que pueda hablarse de “terrorismo de Estado” es “la importancia de la operación y el total respaldo de la clase dirigente”, pues “puede haber dictaduras que no utilicen el terrorismo de Estado y la ausencia de libertades o derechos políticos y

263 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 80-81.

264 Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 34 y ss.

265 BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 554 (definición de “terrorismo de Estado”).

266 Para designar este tipo de terrorismo, GARCÍA SAN PEDRO indica diversos nombres empleados por distintos autores, tales como “terrorismo gubernamental”, “régimen o reinado del terror”, “terror de coacción”, o “terrorismo represivo”. Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, págs. 13 y ss.

sindicales que caracteriza a los estados autoritarios no definen *per se* el terrorismo de Estado. Además, deben producirse sucesos de tal naturaleza que pretendan imponer el terror, destruir al adversario mediante la utilización de la violencia al margen de la legalidad o aplicando la práctica del asesinato sin rastro, es decir, los desaparecidos”²⁶⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, independientemente de “la importancia de la operación”, si proviene del Estado, puede hablarse de “Terror”, en el sentido de tal término como se entendía en la Revolución Francesa, pero no de terrorismo. Si se atiende al concepto del “terrorismo”, tal y como se ha decantado históricamente, resulta ser una palabra peyorativa utilizada por quien ostenta el poder para designar a quienes se oponen al mismo empleando la violencia para subvertir el orden establecido. El Estado, que es quien promulga las leyes, nunca se definirá a sí mismo como terrorista. De ahí que en el plano estrictamente jurídico, lo que se conoce como “terrorismo de Estado” sencillamente no pueda existir. Cuando se habla de “terrorismo de Estado”, se hace siempre desde el punto de vista de las víctimas, que no detentan el poder. Y si bien tales víctimas serán merecedoras, en cuanto que tales, de la debida consideración, desde un punto de vista objetivo que busque hacer avanzar a la ciencia del Derecho, considerando el orden jurídico como el orden del Estado, el concepto de “terrorismo de Estado” es sencillamente una contradicción en los términos.

LAMARCA PÉREZ afirma que desde un punto de vista jurídico, la idea de terrorismo de Estado o es inútil o es inviable: “Es inútil para referirse a los sistemas políticos crueles y opresivos, donde o bien las leyes respaldan o amparan sus prácticas, o bien constituyen palabras vanas que ninguna autoridad está dispuesta a observar ni a hacer observar. Y es inviable en el marco del Estado de Derecho, donde obviamente responden los funcionarios de los hechos ilícitos que realicen, por su cuenta o por cuenta de otros, pero donde se excluye por principio cualquier imputación institucional”²⁶⁸.

267 JOSÉ MARÍA BENEGAS distingue entre episodios de persecución por parte del Estado con métodos ilegales para hacer frente a adversarios tanto dentro como fuera del país (como el asesinato de Trotski en México a manos de agentes estalinistas) y regímenes donde, de forma sistemática, se aplica el terrorismo de Estado. “Lo que diferencia estos episodios de un sistema donde se aplica el terrorismo de Estado es la importancia de la operación y el total respaldo de la clase dirigente”. Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 554 (definición de “terrorismo de Estado”).

268 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993,

GARCÍA-TREVIJANO directamente niega la existencia del concepto de “terrorismo de Estado”, llamando a este tipo de terror “Terror de Estado”, pero advirtiéndole que el “terror estatal” no es terrorismo, y que hablar de terrorismo de Estado es simplemente “un contrasentido, una verdadera contradicción en los términos”. Nuestro autor pone el acento –acertadamente a nuestro juicio– en el hecho de que el terrorismo busca la publicidad de sus crímenes, mientras que lo que se conoce como “terrorismo de Estado” busca la clandestinidad: “El Terror soberano del Estado (Hitler, Stalin, Pinochet, Junta argentina) no constituye terrorismo. Éste procura la mayor publicidad de sus crímenes, para amedrentar a la clase dirigente con el desorden público. Aquél oculta sus fechorías en el secreto de Estado para protegerla con más orden público. El Terror señala a su adversario en todo lo subversivo. El terrorismo, en todo lo establecido. Los crímenes de los GAL caen en la esfera del Terror soberano. La mentalidad estatal que los urdió no es cualitativamente distinta de la que inspiró el nazismo y el sovietismo. Siendo dos males, es peor calamidad el Terror estatal que el terrorismo. En sentido riguroso, decir terrorismo de Estado es un contrasentido, una verdadera contradicción en los términos. La autoridad que lo practicara destruiría el propio orden estatal que la legitima”²⁶⁹.

Para diferenciar el “terrorismo de Estado” del terrorismo de corte subversivo, además de atender al autor del crimen, puede atenderse también, como ya se ha apuntado, a la característica esencial del mismo consistente en si el autor pretende o no la publicidad del crimen. En este sentido argentino GARZÓN VALDÉS apunta también a la clandestinidad de lo que se conoce como “terrorismo de Estado”, que define como “una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de conocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder”²⁷⁰. Su eficacia, para este autor, se mide “por la destrucción del «enemigo» y la adopción de

págs. 535-560.

269 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «Decir misa nacionalista repicando», Diario “La razón”, jueves 14 de junio de 2001.

270 GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: *Filosofía, política, derecho*, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia, 2001, pág. 147.

una actitud de obediencia por parte del resto de la población”²⁷¹. Ciertamente, habrá que tener en cuenta que, para que atacando a parte de una población, el conjunto de la misma obedezca las directrices del poder, aleccionada por los crímenes del Estado, tendrá que saber o al menos intuir de algún modo lo que está sucediendo. Pero en cualquier caso, en el llamado “terrorismo de Estado”, la acción criminal se producirá de forma clandestina, evitando la publicidad que sí busca el terrorista subversivo. En caso contrario, se trataría de “Terror” y no de “terrorismo”. Es esa nota de la clandestinidad la que, a nuestro juicio, determina que esas acciones criminales, por deplorables que sean, no puedan calificarse de “terrorismo” en sentido estricto.

Para RODRÍGUEZ URIBES, que admite que el término “terrorismo” ha quedado reservado para el de corte subversivo, “el terrorismo de Estado no es terrorismo *stricto sensu*, al faltar la acción de bandas, grupos, células o individuos particulares (aunque tengan apoyo ideológico, logístico o financiero en Estados) que actúen contra el Estado (democrático y liberal en sentido amplio) o contra la civilización y la humanidad”. Por eso, para este autor es más adecuado o bien hablar de “contraterrorismo” o, con carácter general, de un terror generado mediante violaciones de derechos humanos *tout court*, selectivas (asesinatos políticos y torturas) o masivas (desapariciones, delitos de lesa humanidad), siendo el Holocausto de la Alemania Nazi y el Terror estalinista como sus expresiones máximas en el siglo XX²⁷².

Cabe adelantar ya que la publicidad del crimen terrorista para desgastar al poder constituido es requisito para el logro de los fines políticos que el terrorista pretende. RODRÍGUEZ URIBES observa que el terrorismo sólo puede darse en sociedades de las homologadas como democráticas²⁷³ (aunque lo democrático deba ser la organización estatal y no la sociedad). Asimismo, cabe observar que en las definiciones de “terrorismo de Estado” antes ofrecidas falta siempre el elemento de la publicidad de los crímenes, sin el cual no puede haber “terrorismo” en sentido estricto, pues el terrorista

271 GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: *Filosofía, política, derecho*, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia, 2001, pág. 144.

272 Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 81-82.

273 En definitiva, en los Estados en los que los derechos humanos constituyan una gran barrera moral y jurídica, que ni siquiera ellos no puedan franquear o eludir, tampoco en su combate necesario contra el terrorismo so pena de practicar Terror o contraterrorismo ilegal. Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 85.

ataca a unos pocos para aterrorizar a muchos, necesita de la difusión de su acción y con ella del mensaje amenazante, que es lo que produce el terror en las personas que no han sido directamente atacadas, condicionando su comportamiento en el sentido pretendido. Corroboran esta afirmación opiniones como la de GIL-CASARES, que pone de manifiesto cómo “El terrorismo siempre tiene la necesidad de que el resultado de sus acciones aparezca en la primera página del periódico, en la primera línea de la información, en el primer plano de la agenda de un telediario. Si, siguiendo la máxima de CLAUSEVITZ, la guerra era la continuación de la política por otros medios, se puede afirmar, siguiendo a los anarquistas del siglo XIX, que el terrorismo es la continuación de la propaganda”. Por eso, “como señala SÁNCHEZ FERLOSIO, las muertes provocadas por los terroristas son «muertes firmadas», ya que el terrorista ha exigido desde el principio, mediante el reconocimiento de su autoría, que esa muerte lleve su nombre”²⁷⁴.

El moderno concepto de “terrorismo” presupone así implícitamente la existencia de medios de comunicación, sin descartar, por supuesto, los más modernos y no controlados directa o indirectamente por Estados, como internet, que contribuirán, deseándolo o no, a la difusión del mensaje terrorista²⁷⁵. Si la difusión de la propaganda no tiene lugar (o mejor dicho, si no es pretendida por quien ejecutó la acción), siendo además esta puesta en escena cada vez más espectacular, no puede calificarse un hecho criminal como terrorismo, por muy reprochable que sea el hecho y sin perjuicio de que la acción pueda encajar en otros tipos penales, existentes o por implantar en el concreto ordenamiento jurídico al que nos estemos refiriendo. El máximo exponente del terrorismo como espectáculo serían los ataques con aviones del 11-S, tantas veces televisados en todo el mundo, aunque cabe también citar, como fenómeno más reciente, las producciones de calidad cinematográfica en las que el autodenominado “Estado

274 Cfr. GIL-CASARES, MARÍA: *Terrorismo y medios de comunicación*, Fundación Ciudadanía y Valores, 2008,

www.funciva.org.

275 En este sentido, como pone de manifiesto MARTÍNEZ-CARDÓS, el elemento comunicativo es determinante para la integración del concepto de terrorismo: “los delitos de terrorismo tienen un elemento subjetivo del injusto característico. Dicho elemento es, unas veces, la propaganda de una ideología política, pues sin comunicación de masas no habría terrorismo; otras veces, la creación de una situación de inseguridad ciudadana o de intimidación social; en fin, en otras ocasiones, la destrucción del régimen político y del orden social” MARTÍNEZ-CARDÓS, JOSÉ LEANDRO: «El terrorismo: aproximación al concepto», en *Actualidad Penal*, La Ley, n.º. 26, del 29 de junio al 5 de julio de 1998, págs. 479-487.

Islámico” graba las decapitaciones de sus rehenes, para luego difundirlas a través de internet.

Resulta así que, en definitiva y por lo expuesto, los crímenes que se conocen como “terrorismo de Estado” podrán encajar en otros tipos penales, como los de lesa humanidad, pero, atendiendo a la legislación española, no tienen cabida en el concepto normativo de terrorismo, referido únicamente al de corte subversivo.

2.3.2.2. El terrorismo de Estado no está previsto en el Código Penal español. El caso GAL y la falta de publicidad de los crímenes como elemento diferenciador.

En atención a cuanto antecede, puede afirmarse que el denominado “terrorismo de Estado” no se encuentra previsto en tipos penales específicos del Código Penal español, donde el concepto jurídico de terrorismo se caracteriza, según el propio texto de la ley, por su carácter subversivo (art. 573 CP).

Para el legislador español, resulta inconcebible que el propio Estado o sus agentes puedan ser responsables de actos criminales causantes de terror, o sencillamente no ha querido prever tipos especiales que pudieran aplicarse a tal clase de crímenes. De ahí que el concepto jurídico de terrorismo vigente en España, atendiendo al sentido histórico del término, pero sobre todo al propio texto de la ley penal -que, como tal, ha de ser interpretada con carácter restrictivo y no puede aplicarse a casos no previstos en ella-, no abarque tales supuestos. Las previsiones del Código Penal en materia de terrorismo resultan por tanto inaplicables a lo que generalmente se entiende por “terrorismo de Estado”.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, como ya se expuso, la legislación antiterrorista española ha estado tradicionalmente y de forma clara influenciada por la actividad criminal de ETA. Ello, sin perjuicio de que la última reforma legal sobre la materia, llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015²⁷⁶, haya pretendido ampliar las posibilidades de lucha contra el terrorismo de corte yihadista, al que está especialmente enfocada, como se indica en la propia Exposición de Motivos, y en especial contra los

276 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440

terroristas individuales conocidos como “lobos solitarios”. Siendo esto así, y partiendo de la legitimidad del Estado que promulga esta legislación para combatir tales fenómenos, la aplicación de los tipos penales de terrorismo a actos criminales que pudieran cometerse por el propio Estado o sus agentes, incluso en el ámbito de la lucha antiterrorista, requiere hacer un verdadero esfuerzo. ¿Cómo va a pretender un Estado legítimo subvertir su propio orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, perturbar el funcionamiento de organizaciones internacionales, o crear un estado de terror en la población? Como afirmaba GARCÍA-TREVIJANO, la autoridad que practicara el “terrorismo de Estado”, “destruiría el propio orden estatal que la legitima”²⁷⁷.

Claro que, sin perjuicio de que *de lege data*, el “terrorismo de Estado” no encaje en el concepto de terrorismo previsto en el Código Penal español, y aunque el medio más seguro para evitar tales crímenes es la separación de poderes y no tanto la previsión de eventuales castigos en el Código Penal, *de lege ferenda* podría considerarse que, dado que el Código Penal se crea en previsión de que la ley no se cumpla, integrando lo que en la dogmática penal se conoce como normas primarias y normas secundarias²⁷⁸, en un Estado que se dice sometido a la ley (Estado de derecho, art. 1 CE), esta “Constitución negativa”, como su propia Exposición de Motivos denomina al vigente

277 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «Decir misa nacionalista repicando», Diario “La razón”, jueves 14 de junio de 2001.

278 La diferencia entre ambos tipos de normas es explicada por MIR PUIG de la siguiente manera: Las proposiciones jurídicas que señalan una pena a un determinado comportamiento cumplen, sin duda, una función de información y aviso al ciudadano, pero no se dirigen literalmente al ciudadano, sino que solo transmiten *de forma expresa* un mandato dirigido al Juez que le obliga a imponer la pena llegado el caso (...). Sin embargo, al señalar una pena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar: pretende prohibir, bajo la amenaza de la pena, el homicidio. La conminación penal del homicidio transmite no sólo un aviso al ciudadano y la voluntad normativa de que el Juez castigue llegado el caso, sino, ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten –salvo que concurra causa de justificación–. El enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse, pues, como una forma de comunicación de dos normas distintas; de una norma prohibitiva dirigida al ciudadano, que llamaremos “norma primaria” y de una norma que obliga a castigar dirigida al Juez, la cual designaremos “norma secundaria”. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, págs. 61 y ss. MIR PUIG admite que la concepción mantenida no coincide exactamente con la teoría de las normas formulada por BINDING en el siglo XIX, autor a quien reconoce el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas dirigidas al ciudadano no formuladas por la reacción literal de los preceptos penales, al notar que, de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y pese a ello se le castiga. Pero para BINDING, las normas que infringe el delincuente son ajenas al Derecho penal: son normas pertenecientes al Derecho Público general –no específicamente penal–. El Derecho penal se limitaría a castigar la infracción de dichas normas no penales: tendría una naturaleza meramente sancionatoria. La “ley penal” que establece la pena no tendría el carácter de “norma”, sino de “proposición jurídicamente autorizadora”, reguladora del nacimiento, contenido y extinción de la relación jurídico-penal.

Código Penal²⁷⁹, debería prever esta posibilidad, máxime cuando los crímenes de los GAL demostraron que en España es posible que sucedan episodios de este tipo y el sistema político vigente en la actualidad es esencialmente el mismo que entonces.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe hacer una breve referencia a tales “Grupos Antiterroristas de Liberación”, atendiendo fundamentalmente a los pronunciamientos judiciales de que fueron objeto.

- Los GAL

Los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), según el *Diccionario de Terrorismo* de JOSÉ MARÍA BENEGAS, fueron una organización parapolicial que actuó fundamentalmente en el País Vasco francés entre 1983 y 1985²⁸⁰. No obstante, AVILÉS FARRÉS refiere que existen antecedentes de posibles actuaciones anteriores de los mismos grupos, o de otros conexos o similares²⁸¹.

Los GAL como tales se dieron a conocer por primera vez al dejar en libertad a un ciudadano de Behobia, Segundo Marey, que había sido secuestrado el 4 de diciembre de 1983, al ser confundido con otra persona. Antes ya habían secuestrado y habían hecho desaparecer en

279 La Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 comienza así: “*Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa»*”. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

280 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (definición de *Grupos Antiterroristas de Liberación*), págs. 233 y ss.

281 AVILÉS FARRÉS refiere que “en los inicios de la guerra sucia parece que jugaron un papel destacado miembros del servicio de información creados por el almirante Carrero Blanco, posiblemente deseosos de vengar su asesinato por ETA. El terrorista que hizo explotar la bomba contra el almirante pereció a su vez por efecto de una bomba en una pequeña ciudad vascofrancesa, cinco años y un día después de la muerte de aquel. Pero el atentado que más escándalo causó en el curso de la primera “guerra sucia” fue el ametrallamiento en un pequeño bar de Hendaya, en noviembre de 1980, cuyos ejecutores fueron interceptados tras cruzar la frontera española, pero fueron inmediatamente puestos en libertad por orden de un alto responsable de la lucha antiterrorista. Este alto responsable fue procesado por su negativa a colaborar con la justicia en el esclarecimiento del caso, pero su posterior absolución por el Tribunal Supremo cerró la posibilidad de que se revelaran otras posibles implicaciones”. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 43.

Bayona a dos personas de origen vasco, Joxean Lasa y Joxi Zabala, hallados tiempo después enterrados en cal viva. Unos días después intentaron secuestrar a José Mari Larretxea, esta vez en Hendaya (...). El comunicado fundacional del GAL señalaba que a cada acción de ETA seguiría un atentado contra miembros de la izquierda abertzale. Según AVILÉS FARRÉS, a partir del secuestro de Marey, el GAL realizó más de cuarenta acciones, con un total de veintisiete muertos²⁸² y otros tantos heridos (...). BENEGAS, por su parte, afirma que para el GAL trabajaron mercenarios a sueldo que antes lo habían hecho en grupos parapoliciales creados después de la muerte de Luis Carrero Blanco para atacar contra militantes “abertzales”²⁸³.

La Sentencia nº 30/91, de 20 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, dictada en el proceso contra los funcionarios de policía Amedo y Domínguez, y posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia 338/1992 de 12 marzo²⁸⁴, consideró que los crímenes de los GAL no eran constitutivos de terrorismo, al carecer de una finalidad subversiva, pues no tenían intención de destruir el Estado, sino de preservarlo o defenderlo aunque fuera por medios jurídicamente reprobables; señalando que la finalidad política sólo puede ser jurídicamente relevante en materia penal cuando se persigue el cambio o modificación sustancial, es decir, la sustitución por otro del sistema político. Tanto en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1991 como en la Sentencia del Tribunal Supremo que la ratificó, se reseñan los siguientes hechos probados:

“En el último trimestre de 1983, la organización llamada «Grupos Antiterroristas de Liberación», conocida por las siglas «G.A.L.», inició sus actividades, que habrían de prolongarse durante un

282 AVILÉS FARRÉS cifra los muertos a consecuencia de las acciones de los GAL en 26. Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 44.

283 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (definición de *Grupos Antiterroristas de Liberación*), págs. 233 y ss.

284 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 338/1992 de 12 de marzo (RJ 1992, 2442).

tiempo aproximado de tres años y se desarrollaron principalmente en la región francesa conocida, entre otras denominaciones, como Costa Vasca o Departamento de los Pirineos Atlánticos, limítrofe con nuestro país. Tales acciones se caracterizan por la violencia, generalmente mediante el empleo de varias armas de fuego, e iban dirigidas contra personas con una más o menos probable vinculación con la organización armada ETA militar, como represalia frente a los actos cometidos por ésta dentro de España. Pero, pese al conocimiento de estos datos, así como de que a los GAL se les ha atribuido en algunos medios la realización de más de veinte actos violentos, con un resultado equivalente en cuanto a la cifra de muertos y superior en número de heridos, y que en determinadas ocasiones han recaído sentencias de esta Audiencia Nacional, como las de 9 de diciembre de 1985 (Sección 1ª) ó 13 de noviembre de 1.987 (Sección 3ª), por las que se condenaba a diferentes procesados, no es posible determinar con exactitud su estructura interna, la conexión entre sus diversas cédulas o «comandos», los líderes o personas que ocupaban las posiciones de rango directivo dentro de su escala jerárquica, instituida por encima de ocasiones ejecuciones finales o mercenarios carentes de toda conexión entre sí, el conjunto de medios materiales con que contaban ni, significativamente, su financiación, es decir, la cuantía de sus ingresos económicos, el carácter esporádico o regular de éstos, las modalidades de su obtención -que no consta lo hayan sido en ningún momento caso mediante la comisión de delitos de contenido económico-, la unidad o pluralidad de fuentes, los nombres de las personas físicas o jurídicas que encarnaban éstas y su naturaleza, pero sin que pueda asegurarse que la citada organización constituya efectivamente un grupo de poder paralelo inserto en los aparatos del Estado.

Los procesados José A.F. y Michel D.M., Subcomisario e Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, respectivamente, que desempeñaban sus cargos en la Comunidad Autónoma del País Vasco (Vª Región Policial), precisamente en el Grupo de Información Pura encuadrado en la Brigada Regional de Información de la Jefatura Superior de Policía de Bilbao, del que era Jefe el primero de ellos y con

el que siguió relacionado -en subordinación- el segundo aun después de ser trasladado éste a Madrid en Julio de 1.986, observaron que, a pesar de la contrastada eficacia con que ejercían su labor como funcionarios policiales encargados de la lucha antiterrorista, continuaban produciéndose frecuentes hechos atentatorios contra la vida e integridad física de las personas, supuestamente protagonizados por la banda ETA, por lo que, sensibilizados ante la violencia organizada, decidieron emprender, en coordinación con terceros y procurándose los medios para ello, determinadas acciones encaminadas a un doble objetivo: el ya citado de vengar los sedicentes crímenes de ETA y, al mismo tiempo, disminuir la capacidad operativa de esta organización, tanto por la eliminación física de sus miembros o colaboradores, como por la presumible inseguridad o sentimiento de temor suscitado en éstos y en personas que apoyaban en alguna medida las actividades de la banda”²⁸⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo condenó a José Barrionuevo (quien fuera Ministro del Interior), Rafael Vera (quien fuera Secretario de Estado para la Seguridad) y Julián Sancristóbal (quien fuera Director General de Seguridad del Estado) a diez años de prisión y doce de inhabilitación absoluta como autores de dos delitos, uno de malversación de caudales públicos y otro de secuestro en concurso medial; a Francisco Álvarez, Miguel Planchuelo y José Amedo como autores de esos dos mismos delitos (también en concurso medial y sin circunstancias) a las penas de nueve años y seis meses de prisión y once años de inhabilitación absoluta; a Ricardo García Damborenea como autor de un delito de secuestro sin circunstancias modificativas de su responsabilidad, a la pena de siete años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo; a los ex policías Julio Hierro y Francisco Saiz Ojeda como autores de un delito de detención ilegal sin circunstancias, a las penas de cinco años y seis meses de prisión y a la de inhabilitación absoluta de nueve años con el contenido antes referido; a los ex agentes Juan Ramón Corujo y Luis Hens como autores del mismo

285 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 338/1992 de 12 de marzo (RJ 1992, 2442).

delito de detención ilegal sin circunstancias, a las penas de prisión durante cinco años e inhabilitación absoluta por ocho años con el mismo contenido ya expresado, y a Michel Domínguez como cómplice de ese mismo delito de detención ilegal, pero con aplicación del Código Penal anterior y con la circunstancia agravante de prevalerse de su carácter público, a la pena de dos años cuatro meses y un día de prisión menor con suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el mismo tiempo. Todos los acusados fueron absueltos de los delitos de pertenencia o colaboración con banda armada. Tal organización no podía ser considerada terrorista al no constar una agrupación de personas de carácter estable, al no aparecer en todo el secuestro de don Segundo Marey el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada y, por lo que aquí interesa, por no poder decirse que “el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo”²⁸⁶.

BALTASAR GARZÓN, en la publicación de sus memorias de 2016, se referirá a los GAL como “esa «organización terrorista» que nunca se reconoció como tal”²⁸⁷.

Parte de la doctrina se ha mostrado especialmente crítica con los posicionamientos judiciales que no consideraron a los crímenes de los GAL “terrorismo”, empeñándose en que tales acciones deberían haber encontrado encaje en las previsiones que el Código Penal dedicaba a esta clase de delitos. Lo cierto es que tampoco encajaban en otros tipos penales como pudieran ser los crímenes de lesa humanidad. Por más que se intenten buscar similitudes, debe señalarse que los delitos de lesa humanidad, según el Código Penal español, se encuentran encuadrados sistemáticamente entre los delitos contra la comunidad internacional, y requieren que el

286 Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Caso Secuestro GAL. Sentencia núm. 2/1998 de 29 de julio (RJ 1998, 5855).

287 GARZÓN REAL, BALTASAR: *En el punto de mira*, Editorial Planeta, Barcelona, 2016, págs. 36 y ss.

ataque, generalizado o sistemático, se dirija contra la población civil o contra una parte de ella²⁸⁸, y éste no era el caso.

MUÑOZ CONDE ha afirmado así que, del concepto de “terrorismo”, considerado en su dimensión normativa según la regulación en nuestro Código Penal, no queda excluido el que se lleva a cabo desde instituciones estatales o “terrorismo de Estado”, pues los graves delitos que se pueden cometer en este caso también subvierten el orden constitucional y, por supuesto, “alteran gravemente la paz pública”²⁸⁹. Se trata, sin embargo, de una interpretación muy forzada a nuestro juicio, pues la paz pública y su alteración pueden medirse mediante datos objetivos, y es evidente que estos delitos, ejecutados clandestinamente, no alteraron gravemente la paz pública, si por tal se entiende la paz del conjunto de la sociedad, en su inmensa mayoría contraria al terrorismo y que no era objetivo de las acciones de los GAL.

Para la estudiosa del terrorismo LAMARCA PÉREZ “en el «caso Amedo» el fantasma del terrorismo de Estado recorrió todo el proceso, desde las primeras diligencias a la decisión final, y, desde luego, había buenos motivos para ello. En primer lugar, porque concurrían los dos ingredientes fundamentales del terrorismo de Estado: los inculcados eran funcionarios de policía, por tanto servidores del Estado, y los hechos enjuiciados eran imputables todos a una misma estructura -también algo fantasmal- que pretendía combatir el terrorismo con sus mismas armas”²⁹⁰. LAMARCA

288 Cfr. art. 607 bis del Código Penal, cuya redacción vigente se debe a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

289 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 19ª edición, 2013, pág. 843.

290 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

En otro lugar, afirmará esta autora que a su juicio, esta interpretación jurisprudencial, –de la que destaca que fue absolutamente aislada, como, por otro lado, no podía ser de otra manera–, “no puede o más bien no debe prosperar en un Estado que se proclama de Derecho, y ello porque en un Estado de Derecho la índole o la clase de finalidad política que se persiga debe ser perfectamente irrelevante por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido; de este modo, la actuación de una organización terrorista portadora de un programa político sólo adquiere desvalor jurídico, sólo puede ser penalmente reprochable, por el uso de la violencia para hacer efectivo ese programa político. Es decir, por la no utilización de los cauces democráticos como forma de lucha política. Citando la Sentencia de 20 de enero de 2011 de la Sección 1ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en el denominado “Caso Udalbiltza”, donde se señala de modo expreso que “en un Estado democrático quedan fuera del ámbito penal la acción política y las opiniones y manifestaciones ideológicas, gusten éstas o no, sean mayoritarias o minoritarias, sean compartidas o no”, siendo “lícita la defensa, por procedimientos pacíficos, de todas las ideas, incluidas las secesionistas o soberanistas”. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 841. Más extensa en LAMARCA

centra así su atención en el carácter público de los agentes y en el método empleado (actuar al margen de la ley). Sin embargo, la propia autora LAMARCA PÉREZ reconocerá, como ya se apuntó, que desde un punto de vista jurídico, la idea de terrorismo de Estado o es inútil o es inviable: “Es inútil para referirse a los sistemas políticos crueles y opresivos, donde o bien las leyes respaldan o amparan sus prácticas, o bien constituyen palabras vanas que ninguna autoridad está dispuesta a observar ni a hacer observar. Y es inviable en el marco del Estado de Derecho, donde obviamente responden los funcionarios de los hechos ilícitos que realicen, por su cuenta o por cuenta de otros, pero donde se excluye por principio cualquier imputación institucional”²⁹¹.

Quienes reclamaban la calificación como “terrorismo” de los crímenes de los GAL, tampoco atienden al hecho de la clandestinidad en que éstos operaban. Como antes se ha apuntado, uno de los requisitos del terrorismo sobre cuya concurrencia existe consenso tanto en el ámbito nacional como internacional es la publicidad de estos crímenes, la propaganda de sus acciones pretendida por los terroristas. Esta voluntad de difusión se encuentra implícita en la concepción normativa del terrorismo manejada por nuestro Código Penal, pues para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública infundiendo terror, (únicas finalidades terroristas previstas en el Código Penal entonces vigente), resulta absolutamente necesaria la publicidad de los crímenes.

Por eso, crímenes como los cometidos en su día por los GAL, sin perjuicio del reproche que merecen (tanto moral²⁹² como jurídico) y sin perjuicio del encaje que pudieran tener en otros tipos penales, no constituyen actos de terrorismo desde el punto de vista normativo, tal y como se configura el terrorismo en nuestro Derecho, pues al

PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

291 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

292 En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA afirma que toda violencia empleada por un gobierno legítimo no es buena. “Será legítima si está basada en los principios del Derecho Natural y son éstos los que inspiran la legislación y su actuación y se emplea en defensa del bien común. Por eso están vedados los métodos que constituyen un terrorismo al revés, como si para combatir al terrorismo todo estuviera consentido, como si cualquier medida pudiera ser legítima. No se puede combatirlo con sus mismas armas porque esto lleva al desorden, a la deslegitimación y a una espiral de violencia que contribuye a dar argumentos en favor del terrorismo”. FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, MARÍA DEL CARMEN: «El Terrorismo», en *Guerra, Moral y Derecho*, VV.AA., Editorial Actas, Madrid, 1994, págs. 162 y ss. (170).

faltar el componente de la publicidad, e incluso el teleológico fundamental de subvertir el orden político, no son típicamente aptos para subvertir el orden constitucional ni alterar gravemente la paz pública.

Si se atiende a la legislación antiterrorista vigente en el momento de comisión de tales crímenes y en consecuencia se prescinde necesariamente de las finalidades terroristas introducidas en el Código mediante la Ley Orgánica 2/2015, consistentes en “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”, así como “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional” y “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”, resulta que en aquel momento, el Código Penal únicamente preveía como finalidades terroristas “subvertir el orden constitucional” y “alterar gravemente la paz pública” (art. 573).

En cuanto a la finalidad de subvertir el orden constitucional, resulta necesario en primer lugar determinar en qué consiste tal orden. Merece ser aceptada, por completa y ajustada a la realidad política española, la definición doctrinal ofrecida por HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, que lo concibe como “régimen de poder” y define su subversión como “trastornar, perturbar o destruir la normal y efectiva aplicación y funcionamiento de la Constitución, del aparato de poder que en la misma se establece, y muy concreta y específicamente, la normal y regular actuación de la Jefatura del Estado y de los Gobiernos y Cámaras Legislativas (estatales y autonómicas); la libre celebración de elecciones y la integridad, nacional, el poder legalmente constituido conforme a la Constitución, impidiendo su efectiva aplicación y, en esencia, el sistema político que diseña y la ordenación y relaciones entre los poderes del Estado, concretamente la actuación del Rey y de los órganos que personifican las funciones de gobernar y legislar en nombre del pueblo español”²⁹³.

No obstante, autores como LAMARCA PÉREZ dan un sentido más amplio al concepto de “orden constitucional”, hasta el punto de identificarlo con el “Estado de Derecho” que la Constitución proclama en su art. 1, y de este modo resultaría claro que

293 HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ROBERTO: «De los delitos de terrorismo», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNIDIO: *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Tomo III, Madrid, 1997, pág. 4885.

actuaciones como las de los GAL subvierten tal orden. Así, la citada autora considera discutible suponer que la lesión del orden constitucional sólo se obtiene por el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo “revolucionario” o “reaccionario”) y no también con la desvirtuación de sus reglas básicas²⁹⁴. Sin embargo, esta interpretación no nos parece adecuada por las siguientes razones:

- Porque no atiende a que en este caso falta el componente de la publicidad, y faltando la publicidad no puede haber terror.
- Porque, aplicando el criterio de interpretación histórico a las normas sobre terrorismo, no puede desconocerse que la legislación antiterrorista española está históricamente influida por la actividad de ETA, cuya intención ha sido subvertir el orden político, hoy denominado “orden constitucional” declarando la independencia de una parte del territorio español. En este sentido, basta mencionar el art. 2 de la Constitución española, según el cual la misma “se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”²⁹⁵. El concepto normativo de terrorismo recogido en el Código, por cuanto hace referencia a la subversión del orden constitucional en el art. 571.3, debe entenderse referido al de signo subversivo.
- Porque, en definitiva, si se admiten este tipo de interpretaciones amplias de las normas penales, además de ir contra el principio sólidamente asentado de interpretación restrictiva de las mismas, se desvirtúa el término en su sentido generalmente aceptado, y se corre así el riesgo de vaciarlo de contenido y de acabar llamando terrorismo a cualquier cosa²⁹⁶, dando lugar a una confusión

294 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

295 Como observa CANCIO MELIÁ, el terrorismo afecta, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión, aunque no en el sentido de lo que suponga un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales, sino ante todo, en un determinado plano simbólico, en el que el Estado tiene que hacer valer también su legitimidad. En el caso de España, “ETA no sólo mata, hiere y secuestra, sino que pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España”. CANCIO MELIÁ, MANUEL: «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 57-102 (94-97).

296 Como denuncia MARTÍNEZ MUÑOZ, “a veces se llama terrorismo financiero a los intereses que antes se llamaban usurarios y estaban prohibidos, igual que se puede llamar asesinato al

conceptual que únicamente favorecería a los terroristas, dándoles argumentos para legitimar sus crímenes, al situar así todo tipo de actuaciones, incluso las típicamente terroristas, en una indefinición conceptual que termine dificultando, en última instancia, la distinción de lo legítimo y lo ilegítimo.

- Finalmente, siendo el terrorismo un concepto histórico, la inclusión de nuevas finalidades terroristas en el art. 573.1 CP mediante Ley Orgánica 2/2015 ha puesto de manifiesto que en la mente del legislador creador de la ley²⁹⁷, es imposible que los propios agentes del Estado traten de subvertir el orden constitucional. Ahora, tal precepto considera como primera de las posibles finalidades terroristas “Subvertir el orden constitucional, o -esto es lo que se ha añadido- “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Y racionalmente, no cabe pensar que en un sistema político que se define como democrático y de derecho (art. 1 CE) un poder público vaya a obligar a otro, mediante la comisión de crímenes violentos, a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo²⁹⁸.

Respecto de la otra finalidad que normativamente determinaba en nuestro Derecho que un delito sea considerado terrorista –esto es, la alteración grave de la paz pública–, lo normal cuando se ha pretendido encasillar la actividad de los GAL en el denominado “terrorismo de Estado” para reclamar la aplicación a los autores de sus crímenes los tipos penales de terrorismo, es que se haya aludido a la “creación de alarma, de peligro para el orden constitucional y, en definitiva, de inseguridad ciudadana por parte de tales bandas”, –expresiones que se recogen en alguna Sentencia

aplastamiento de una hormiga”. MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO: «El derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 689 y ss. (718).

297 Sin perjuicio de que hoy se prefiera atender al criterio interpretativo de la voluntad de la ley en detrimento de la voluntad del legislador, que se considera una pauta interpretativa anacrónica.

298 No obstante, si ello ocurriera, lo que habría sería una situación de guerra civil, y para ello existen otras previsiones normativas, por lo que no tendría sentido ya hablar de terrorismo o de aplicación del Código Penal general.

del Tribunal Constitucional²⁹⁹ – y que en resumidas cuentas la actuación de tales grupos clandestinos afectaba a la seguridad ciudadana. Así lo estima, por ejemplo, PORTILLA CONTRERAS³⁰⁰. Pero una vez más, si se atiende, como se ya ha apuntado, a la falta de publicidad de los crímenes ejecutados desde las estructuras del Estado -lo cual puede considerarse un elemento definitorio del concepto normativo del terrorismo en cuanto que resulta imprescindible para la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública-, resulta claro que tal falta de publicidad determina que no pueda considerarse que la *seguridad ciudadana*³⁰¹ se vea afectada por tales actuaciones y que, por tanto, atendiendo al principio de legalidad penal, no puedan calificarse de terrorismo a los efectos prevenidos en el Código.

Y es que el terrorismo necesita de la publicidad como medio de expansión de su mensaje atemorizante, de modo que, mientras que los homicidios no terroristas buscan por lo general permanecer ocultos, pudiendo responder a razones más o menos pasajeras y en muchos casos imprevistas, los homicidios perpetrados por terroristas están ordenados o planificados desde niveles jerárquicos superiores de la organización, o cuanto menos inspirados en las doctrinas que profesan el terrorismo, buscando en todo caso que el acto obtenga la máxima publicidad, lo cual resulta un elemento clave para la consecución de sus objetivos. Como destaca ASÚA BATARRITA, en el terrorismo resulta fundamental la presencia de una estrategia de comunicación simbólica, en la que debe situarse también el fundamento de la agravación de los delitos terroristas: la

299 Como la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre (RTC 1987, 199).

300 Así en PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: «Terrorismo de Estado: los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.)» en ARROYO ZAPATERO LUIS y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE IGNACIO (dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, págs. 501-530.

301 El concepto de seguridad ciudadana se deduce de los 149.1.29ª y 104 de la Constitución, según los cuales corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos; en tal sentido las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en sus respectivos Estatutos y en la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, respectivamente, y en el marco de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas previstas en la Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas, como se desprende del art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

agravación tendría sentido por la finalidad amenazante, que es lo que produciría el plus de desvalor: dirigir un mensaje comunicativo amenazador que tiene idoneidad para coartar la libertad de un gran número de personas³⁰². GARCÍA-TREVIJANO, en relación con el terrorismo de ETA, lo expresaba en un artículo de la siguiente manera: “Mujeres y niños pueden vivir aterrorizados mucho tiempo, y sin rebelarse, bajo la violencia doméstica de machos desalmados. Incluso ser torturados y asesinados. Pero eso no es terrorismo. El horror no sale ahí de las estrechas paredes donde se esconde. Busca la protección del secreto y la inmunidad de la fuerza bruta con los débiles. El terrorismo político, en cambio, procura el exotismo de sus hazañas. Más que el terror, extiende el horror en quienes no viven la violencia íntima del drama nacionalista, ni la comprenden. El atentado sería inútil para el terrorista sin el eco de la publicidad”³⁰³. Otro artículo de este gran pensador comenzará con la siguiente afirmación: “Los medios de comunicación son factores esenciales en la creación del terrorismo, en tanto que fenómeno de miedo en la psicología de las masas. Sin la ayuda de ellos, habría crímenes personales y daños materiales, pero no terrorismo”³⁰⁴.

Incluso quienes se han acercado al estudio del fenómeno desde una perspectiva no estrictamente jurídica, concibiendo el terrorismo de Estado como una modalidad de terrorismo, reconocen, como DE LA CORTE IBÁÑEZ, que “el terrorismo de Estado tiene implicaciones y exige explicaciones diferentes del terrorismo subestatal, y también

302 En las conclusiones recogidas en el informe de la discusión que ofrece PABLO GUÉREZ TRICARICO que tuvo lugar en el encuentro titulado “*Democracia y seguridad: transformaciones de la política criminal en el Estado del bienestar (inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad)*”, organizada por la Universidad Autónoma de Madrid, año 2006. Pueden leerse en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, coordinado por MANUEL CANCIO MELIÁ y LAURA POZUELO PÉREZ, pág. 382.

“Por eso (los terroristas) «firman» sus crímenes, reivindican la autoría, porque son su principal medio de propaganda, la información de su presencia y de su voluntad de proseguir a su conveniencia con la repetición de hechos similares. En una sociedad mediática donde todo se refleja y magnifica desde los medios de comunicación, la transmisión inmediata de la noticia de los atentados potencia la deseada publicidad, y potencia la atemorización”. ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

303 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «Violencia y terror», Diario “La razón”, jueves 10 de mayo de 2001.

304 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «La prensa ante el terror», Diario “La razón”, lunes 3 de septiembre de 2001.

porque rara vez un Estado subordina el resto de sus actividades y recursos a la práctica de campañas terroristas”³⁰⁵.

La Audiencia Nacional española ha tenido incluso ocasión de pronunciarse sobre los hechos de la dictadura argentina, y pese a reconocer que presentan los elementos típicos de los delitos de terrorismo (estructural e ideológico)³⁰⁶, incluso en este caso ha

305 En este sentido, DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 27.

306 La declaración de hechos probados de la citada sentencia afirma entre otras cosas, lo siguiente:

“Desde el 24 de marzo de 1976 –fecha del golpe de Estado– hasta 10 de diciembre de 1983, las Fuerzas Armadas argentinas usurparon ilegalmente el gobierno y pusieron en marcha el llamado «Proceso de Reorganización Nacional» (PÁG.R.N) y la denominada «Lucha contra la subversión» (LCS), cuya finalidad, en realidad, era la destrucción sistemática de personas que se opusiesen a la concepción de nación sostenida por los militares golpistas, y a las que se identificaría como opuestas a la «Civilización Occidental y Cristiana».

Tales designios se exponían y detallaban extensamente en el denominado Plan General del Ejército, que desarrollaba el Plan de Seguridad Nacional, y que se definía en la Orden Secreta de febrero de 1976, en la que se contenía la doctrina y las acciones concretas para tomar por la fuerza el poder político e imponer el terror generalizado a través de la tortura masiva y la eliminación física ó desaparición forzada de miles de personas que se opusieran a las doctrinas emanadas de la cúpula militar”. (...)

“Nada más producirse el golpe comienza el desarrollo del plan sistemático anteriormente trazado, iniciándose la detención masiva de ciudadanos, acompañada de la práctica sistemática de la tortura con métodos «científicos», el exterminio generalizado utilizando diversos métodos, entre ellos los lanzamientos de cadáveres desde aeronaves –conocidos como «vuelos de la muerte»–, los enterramientos de los cadáveres en fosas comunes, las cremaciones de cuerpos, los abusos sexuales, produciéndose el secuestro y la desaparición forzada de un número de personas que no ha podido determinarse hasta el momento ni por aproximación, y que según algunas fuentes pueden llegar a ser 30.000 víctimas, si bien se manejan otras cifras que bajarían a la cifra a unas 20.000 (entre ella constan la existencia, según consta en las actuaciones documentado, de al menos 600 españoles y descendientes de españoles), el saqueo de bienes y enseres y su rapiña, y, por último, la sustracción a sus madres, a las que se hacía dar a luz en los centros de detención, para darlas después muerte en muchas ocasiones, de recién nacidos, en número probablemente superior de quinientos. Estos niños recién nacidos fueron entregándolos a personas previamente seleccionadas, ideológicamente adecuadas y de «moral occidental y cristiana», para, de esta forma, educarles lejos de la «ideología de sus entornos familiares naturales», de tal manera que eran incorporados de forma ilegal a sus «nuevas familias», con alteración del estado civil para facilitar las adopciones y la clandestinidad o la simulación de sus nacimientos a través de partidas de nacimiento falsas”.

La citada sentencia de la Audiencia Nacional llegaba a emplear las expresiones que tradicionalmente en España ha usado el Código Penal para definir los delitos de terrorismo: *“Tal manera de proceder suponía la secreta derogación de las normas legales en vigor, respondía a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los Comandantes militares, según las disposiciones de las Juntas Militares y se tradujo en la implantación de todo un organigrama de grupos, organizaciones y bandas armadas, que, subvirtiendo el orden constitucional y alterando gravemente la paz pública, cometieron toda una cadena de hechos violentos e ilegales que desembocaron en una represión generalizada y en un estado de absoluto terror de toda la población”.* Sin embargo, como se ha dicho, los hechos no fueron calificados como terrorismo, sino como constitutivos de un delito de lesa humanidad del artículo 607 bis) 1., 1º y 2º y 2., 1º (con causación de muerte de 30 personas y aplicación de la circunstancia prevista en el artículo 139 de alevosía), 7º (detención ilegal) y 8º (tortura) del Código Penal de 1995 (en la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre que entró en vigor el 1 de octubre de 2004). Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril

evitado calificar estos sucesos de terroristas, entendiendo que se trata de delitos de lesa humanidad y que el terrorismo se encontraría subsumido en este tipo penal:

“7. Calificación por delito de Terrorismo. La Sala igualmente rechaza que se trate exclusivamente de un delito de terrorismo. Resulta cierto que se dan en el caso los elementos típico penales del delito de terrorismo (elemento estructural y teleológico de esta clase de delitos), pero los hechos van más allá y contienen otros elementos que solo son abarcados por el injusto del delito de lesa humanidad, razón por la que la Sala se decanta por esta última calificación, considerando en este caso el terrorismo subsumido dentro del delito de lesa humanidad y no en una relación de concurso de delitos”³⁰⁷.

2.2.3. El concepto jurídico del terrorismo sí incluye el terrorismo de “extrema derecha”

Que el Código Penal español no prevea específicamente la posibilidad de la existencia de un terrorismo ejercitado por el Estado u organizaciones conexas o vinculadas al mismo, refiriéndose únicamente al terrorismo en su modalidad “subversiva” -y que fundamentalmente ha sido ejercido por organizaciones de ideología calificada como de “extrema izquierda”-, no significa sin embargo que el terrorismo de corte reaccionario o de “extrema derecha” no pueda encuadrarse en los tipos penales vigentes.

AVILÉS FARRÉS refiere que “en España, a diferencia del terrorismo de los GRAPO o el de ETA, que resulta bien conocido, el panorama del terrorismo de extrema derecha que operó en la época conocida como «la Transición» así como de sus vínculos con el aparato del Estado sigue apareciendo confuso por razón de la escasez de fuentes, la ausencia de grupos estables, la vaguedad de las siglas que se utilizaron, y sobre todo de la imposibilidad de esclarecer sus complejos vínculos con sectores de la administración del Estado”³⁰⁸. Como indica este autor, con referencia al historiador

(JUR 2005, 132318).

307 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

308 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros,

CASALS³⁰⁹, “los distintos episodios de violencia ultraderechista no respondieron a una “estrategia de tensión”, es decir, a una estrategia bien diseñada encaminada a provocar una situación de desorden y miedo que desacreditara a la naciente democracia y creara un ambiente favorable a un golpe militar. Por el contrario, algunos episodios de terrorismo ultraderechista, como la matanza de Atocha, favorecieron el consenso democrático y en general la violencia ultraderechista contribuyó a desacreditar al principal partido de extrema derecha, Fuerza Nueva, que pasó a ser visto por la opinión conservadora como un factor no de orden, sino de desorden”³¹⁰. De este modo, acciones como el crimen de los abogados de Atocha -cuyos autores, sin embargo, no fueron condenados por terrorismo sino por asesinato³¹¹-, contribuyeron según AVILÉS FARRÉS a “acelerar la transición democrática”, debido a la reacción pacífica del Partido Comunista de España, que se convirtió en un argumento a favor de su legalización, “una decisión que resultó crucial en la marcha hacia una genuina democracia que no excluyera a ningún sector no violento”³¹².

Y así, realizando una interpretación necesariamente histórica y no por ello expansiva del término “terrorismo” empleado en las leyes españolas y en especial en el Código Penal, si se considera que el denominado “orden constitucional” (citado en el art. 573.1.1ª CP como orden a subvertir por el terrorismo) es fruto de aquel “consenso”, se comprende que también el terrorismo de “extrema derecha”, en cuanto venga a subvertir tal orden, encontrará igualmente su encaje en los tipos penales de terrorismo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha llegado a declarar “con toda energía” que:

“El terrorismo, como recientemente señaló la S. 33/1993, de 25 enero (RJ 1993\174) de esta Sala, es algo más que el crimen común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los

Madrid, 2010, pág. 32.

309 De este autor puede leerse su obra más reciente CASALS, XAVIER: *La transición española, El voto ignorado de las armas*, Editorial Pasado y Presente, Barcelona, 2016.

310 AVILES, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, págs. 32-33.

311 Cfr. *Diario 16* de 5 de marzo de 1980. Fundación Juan March, Archivo Linz de la Transición española: <http://www.march.es/ceacs/biblioteca/proyectos/linz/documento.asp?reg=r-54989;http://recursos.march.es/linz/154989.pdf>

312 Cfr. AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 34.

principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. Distinguir entre terrorismos y dar pábulo a una eventual benevolencia de trato al de fines supuestamente «justicieros» es algo absolutamente inadmisibile y por ello esta Sala subraya con toda energía que tanto atenta al Estado democrático de Derecho una como otra forma de terrorismo, que además en su finalidad última son comunes, pues en ambos casos se trata de evidenciar la fragilidad del estado democrático y auspiciar un golpe de Estado, suministrando pretextos y supuestas coartadas para el mismo. Desestabiliza con la misma intensidad el sistema la comisión seriada de atentados y crímenes encaminados a sembrar el terror cuanto los actos que tratan de enviar un mensaje de insuficiencia de los medios legales para evitar aquéllos»³¹³.

En cambio, no es terrorismo, conforme al mencionado criterio de interpretación histórico, el que pudiera provenir del propio Estado, lo cual para el legislador resulta sencillamente inimaginable. Lo más parecido a la noción de “terrorismo de Estado” serían los delitos de lesa humanidad, pero no puede obviarse que los mismos se encuentran configurados en nuestro Código Penal como delitos contra la comunidad internacional, tipificados en el art. 607 bis, dentro del Título XXIV del Libro II, lo que claramente sitúa la previsión de comisión tales crímenes fuera de nuestras fronteras, nunca en España.

2.2.4. El concepto jurídico del terrorismo no incluye el “terrorismo vigilante”

Finalmente, y por más que la ideología de los planificadores y ejecutores pudiera ser coincidente, cabe distinguir entre el terrorismo de “extrema derecha” y el denominado “terrorismo vigilante”. Éste último, siguiendo la definición de AVILÉS FARRÉS, sería el que no trata de provocar un cambio social o político radical, sino de evitar ese cambio o incluso propiciar un retorno a un orden social ya desaparecido³¹⁴.

313 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2838/1993 de 14 de diciembre (RJ 1993, 9446).

314 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 32. Un ejemplo clásico de terrorismo vigilante, citado por este autor, el del Ku Kux Klan, que se propuso impedir mediante el terror la emancipación de los afroamericanos liberados de la esclavitud

Nuevamente, en atención al componente histórico del término “terrorismo” en España, cabe señalar, como en otro lugar hará el referido autor, que “el terrorismo vigilante dirigido contra los militantes y simpatizantes de ETA se diferenció del terrorismo de extrema derecha por su clara vinculación con sectores de la administración del Estado. Era, por tanto, un caso de “guerra sucia”, promovida contra una organización terrorista que parecía difícil eliminar de otro modo, tanto más en cuanto que contaba, hasta mediados de los años ochenta, con un refugio seguro en territorio francés”³¹⁵. A ello cabe añadir que el terrorismo de extrema derecha busca, como el de extrema izquierda, la publicidad del crimen para influir en la opinión pública, mientras que el “terrorismo vigilante”, la “guerra sucia”, busca la clandestinidad, como quedó de manifiesto en España con los crímenes de los GAL.

De este modo, el denominado “terrorismo vigilante” sería una modalidad de “terrorismo de Estado” que a su vez pretende combatir a una organización terrorista empleando para ello métodos también criminales y fuera del orden jurídico establecido. Es por tanto distinto del terrorismo de “extrema derecha”, por más que quienes lo lleven a cabo puedan profesar tal ideología y actúen movidos por fines políticos, y no existe en España previsión legal específica para su castigo, como quedó de manifiesto con el enjuiciamiento de los crímenes de los GAL, cuyos miembros fueron castigados por crímenes “ordinarios”, esto es, no terroristas. Así parece haberlo entendido también nuestros más altos tribunales. Como señala LAMARCA PÉREZ, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada en el caso Amedo (Sentencia nº 30/91, de 20 de septiembre, de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, dictada en el proceso contra los funcionarios de policía Amedo y Domínguez, posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia 338/1992 de 12 marzo), vino a distinguir entre una violencia con fines políticos terroristas y otra con fines asimismo políticos pero no terroristas³¹⁶.

En cambio, el terrorismo “de extrema derecha”, ejecutado con publicidad y que, como el de “extrema izquierda” puede considerarse “subversivo” del orden

tras la guerra de Secesión de los Estados Unidos.

315 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 42.

316 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

constitucional en la medida en que pretendería destruir el “consenso”, sí se encuentra previsto en el Código Penal. Ello permitiría, con la legislación vigente en España, el enjuiciamiento como crímenes terroristas de atentados como los cometidos en Noruega en 2011, en el que murieron 77 personas a manos de un terrorista de extrema derecha³¹⁷.

De este modo, para que un delito se considere terrorismo, no basta con que se cometa con una finalidad política, sino que tal finalidad ha de ser “subversiva”, de modo que si atendemos a lo que el Diccionario de la Real Academia, que entiende por subvertir (“trastornar o alterar algo, especialmente el orden establecido”)³¹⁸, las acciones criminales que simplemente quiera mantener el orden establecido, sin trastornarlo o alterarlo, no encontrarán encaje en los tipos penales de terrorismo.

2.3.5. Los delitos de terrorismo no son delitos políticos

Refiere FERRAJOLI que los primeros textos legislativos en los que apareció la expresión “delitos políticos” son la Constitución francesa de 14 de agosto de 1830, una ley de amnistía para tales delitos de 8 de octubre de 1930, y la Constitución belga de 1831. La expresión fue usada ya por F. GUIZOE, en *De la peine de mort en matière politique*, y con anterioridad la expresión se usó con un sentido completamente distinto, para designar lo que hoy se llaman faltas de policía³¹⁹.

No obstante, de modo similar a lo que ocurre con el término “terrorismo”, tampoco existe una definición unánimemente aceptada de la expresión “delito político”. Para BUENO ARÚS, el delito político es, directamente, “imposible de definir, y lo es porque los Estados van a considerar siempre los delitos políticos como fenómenos sociales y políticos, cuya solución vendrá determinada en cada caso concreto por criterios de oportunidad, y no como categorías normativas a priori que requieren una sistematización científica y una respuesta basada en la justicia. Por ello, todas las

317 Cfr. Diario “El Mundo”, 24 de agosto de 2012: «Breivik, condenado a 21 años de prisión por la muerte de 77 personas». <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/24/internacional/1345764460.html>

318 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.ª edición, publicada en octubre de 2014.

319 Cfr. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 8ª edición, de 2006 (primera de 1995), pág. 838, con cita de abundantes referencias bibliográficas sobre el tema.

tentativas doctrinales de introducir precisión en un terreno tan resbaladizo están de antemano condenadas al fracaso”³²⁰.

No obstante, cabe mencionar que la Real Academia, en la 23ª edición de su Diccionario, define el delito político como el “delito que establecen los sistemas autoritarios en defensa de su propio régimen”³²¹, lo cual sin embargo no aclara mucho, pues todo sistema político, sea más o menos autoritario, castiga determinadas acciones previstas como delito, en última instancia, para lograr la defensa del orden político establecido.

Más esclarecedora resulta la explicación de MONTORO BALLESTEROS, para quien, en términos generales, el delito político en sentido propio consiste siempre en actos o comportamientos lícitos (*bona per se* o éticamente indiferentes) pero que, por “razones políticas”, están prohibidos y castigados. Resulta así que el delito político es, esencialmente, una construcción artificial del legislador mediante la cual, y por “razones políticas”, una conducta *per se* lícita o éticamente indiferente pasa a ser considerada como ilícita (*mala quia prohibita*) y, por ello, sancionada con una pena. Por razón de esa artificialidad el delito político se configura como un acto ilegal pero legítimo, cuya fundamentación última no reside ya en la legitimidad, en cuanto dimensión constitutiva del Derecho, sino en la mera positividad (legalidad) siendo así un simple producto de la voluntad del legislador. La configuración del delito político en los términos expuestos trae como principales consecuencias la subversión de los valores que integran el orden jurídico-político y la politización de la Moral y del Derecho y la consideración del disidente político como enemigo³²².

Pues bien, aunque los delitos de terrorismo se caractericen por el hecho de que su autor los cometa con una finalidad política subversiva los delitos de terrorismo, atendiendo a la caracterización del delito político ofrecida por MONTORO BALLESTEROS, no puede considerarse que encajen en tal categoría pues, sin perjuicio

320 BUENO ARÚS, FRANCISCO: «El delito político y la extradición en la legislación española», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Número 1.561, de 25 de abril de 1990, págs. 90-100.

321 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.ª edición, publicada en octubre de 2014.

322 Cfr. MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO: «En torno a la idea de delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 18, 2000, págs. 131-156.

de que en ocasiones se adelanta la barrera penal, -como sucede con la tipificación del autoadiestramiento del art. 575 CP tras Ley Orgánica 2/2015, que por otro lado ha de llevarse a cabo con la específica finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el mismo Capítulo-, las acciones tipificadas como terroristas serían, con independencia de la finalidad que persigan, acciones criminales per se, contrarias a todo tipo de moral. Únicamente ocurre que son castigadas más severamente, pues persiguen además un fin político, pero aunque no persiguieran, se considerarían igualmente delito.

Por ello, puede afirmarse sin temor a incurrir en error que la tipificación de los delitos de terrorismo en el Código Penal no persigue combatir las ideas que en su fuero interno profesa el terrorista, sino evitar y/o castigar (según el punto de vista desde el que se aborde la cuestión de la finalidad de la pena)³²³ el resultado producido en el exterior mediante la comisión de acciones criminales que resultan especialmente dañosas tanto para otros individualmente considerados como para el conjunto de la sociedad. En definitiva, la mayor agravación de las penas y de las previsiones en evitación y persecución de estos delitos se fundamenta así en la valoración jurídica (que recoge también el reproche moral)³²⁴ de unos resultados lesivos e injustos que tienen por causa la comisión de una acción que en todo caso sería considerada criminal, pero cuyo reproche se agrava por el desprecio a otros valores que el terrorista demuestra.

De este modo, desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, dado que la comisión del delito de terrorismo exige, junto con la finalidad política como elemento subjetivo del tipo, la producción (o la tentativa) de unos resultados injustamente dañosos –para que sea imprescriptible, la causación de la muerte violenta de otra persona–, no puede considerarse que el delito de terrorismo sea un delito político en el

323 Sobre los fines de la pena nos extenderemos al tratar la cuestión relativa a la prescripción del delito.

324 Como razona BUENO ARÚS, “si el juicio moral no nos importara, no tendría sentido que un homicidio terrorista se castigue con mayor pena que un homicidio culposo por accidente de tráfico, porque el resultado, social o económicamente considerado, sería el mismo. Objetivamente, sin concesiones a los elementos subjetivos, las muertes por accidentes de tráfico son mucho más numerosas que las muertes por terrorismo; luego, socialmente, el vehículo a motor es más dañino y disfuncional que la goma-2 y los coches-bomba. Sin embargo, todos condenamos enérgicamente (unos más que otros) y nos sentimos amenazados por el terrorismo, pero, probablemente, nadie renunciará a comprarse un automóvil por sentirse amenazado por la circulación rodada en las carreteras. Entiendo en consecuencia que en todo esto hay algún elemento más a tomar en cuenta que no sea lo meramente objetivo”. BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 42.

sentido que el terrorista sea perseguido únicamente por profesar unas determinadas ideas políticas.

En cualquier caso, cabe mencionar que cuando se afirma que el terrorismo es un delito político –lo que suelen hacer quienes justifican el empleo de la violencia para perseguir fines políticos– lo que se pretende es transmitir la idea de que el autor es castigado, más que por el hecho criminal cometido, por las ideas que profesa. Que, de este modo, el atacante y los atacados (indirectamente el Estado) se encuentran en un plano de igualdad, pues lo único que hacen ambos es defender sus ideas políticas, pero unos cuentan con la legalidad y los otros no. Por ello, según estos malévolos razonamientos, sería la consideración del delito como delito político lo que fundamentaría la agravación de las que lleva aparejadas en relación con el mismo tipo penal si se hubiera incurrido en él sin perseguir una finalidad política. Y lo mismo puede decirse respecto de cualquier otra medida legislativa que suponga un trato diferenciado, como es la que prevé la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. En definitiva, se viene a insinuar que el Derecho penal es utilizado ilegítimamente por el Estado como instrumento para la represión de determinadas ideas políticas, y que por tanto cualquier pena que se imponga por la comisión de estos delitos es injusta, al existir una causa de justificación (o cuanto menos una circunstancia atenuante), pues el terrorista actuaría legítimamente contra un orden establecido injusto. En este sentido, en España, es habitual que los presos de ETA se autodenominen “presos políticos”³²⁵. Cabe mencionar que el 16 de mayo de 2013, el Pleno del Parlamento vasco aprobó una proposición no de ley que declara que “*no existen presos políticos ni en Euskadi ni en el conjunto de España; y, por eso mismo, rechaza contundentemente la utilización de dicho término para definir a los presos de la banda terrorista ETA, que se encuentran en prisión por delitos perfectamente tipificados en el Código Penal*”³²⁶.

325 A modo de ejemplo, puede consultarse la noticia de fecha 3 de marzo de 2010 publicada en la base de datos aranzadigital.es: «La Audiencia Nacional condena a Otegi a dos años de cárcel por «ensalzar en grado sumo» a los etarras. Lo hizo cuando afirmó: “Se lo debemos a los presos políticos vascos, refugiados y tantos camaradas que hemos dejado en la lucha”» (MIX 2010, 81310).

326 Se trata de una proposición no de ley formulada por el grupo parlamentario Popular Vasco y consensuada entre los grupos SV-ES (Euskal Sozialistak-Socialistas Vascos) y PV-ETP (Popular Vasco - Euskal Talde Popularra) que se aprobó con los votos favorables de Partido Socialista de Euskadi, Partido Popular y Unión Progreso y Democracia, y la abstención del Partido Nacionalista Vasco. Euskal Herria Bildu por su parte, fue el único grupo que defendió la existencia de presos políticos. En la mencionada proposición no de ley, “1. El Parlamento Vasco considera que, desde la recuperación de la democracia,

Sin embargo, el concepto de delito político sigue teniendo su importancia, sobre todo, en el ámbito internacional, a los efectos de extradición. No obstante, el terrorismo queda excluido de dicha categoría según la Convención Europea para la represión del terrorismo” de 27 de enero de 1977, que excluía al terrorismo del ámbito de los delitos políticos y permitía la extradición de los terroristas. Y en consonancia con ello, la Constitución española de 1978 señala en su art. 13 que “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

En este sentido, BUENO ARÚS explica el origen de la tendencia doctrinal generalizada o difusa a conceder a cualesquiera delitos, incluso muy graves, una cierta atenuación o incluso exculpación cuando el autor ha actuado con alguna finalidad política, lo que se traduce en las Constituciones en la negativa general a incluir los denominados delitos políticos en los susceptibles de extradición: el origen de tal tratamiento más benévolo estaría en el siglo XIX, cuando, “por influjo de la Revolución francesa, se generalizan en el mundo occidental las revoluciones encaminadas a sustituir las Monarquías absolutas por regímenes constitucionalistas y parlamentarios, los esforzados revolucionarios que eran detenidos por la policía del Rey absoluto recibían las penas correspondientes a los más rechazables criminales, pero, cuando lograban escapar a un Estado donde ya se hubiese instalado un régimen liberal, no eran tratados como delincuentes, sino como héroes o mártires, sacrificados campeones de la lucha por las libertades de sus conciudadanos. ¿Cómo iba un Gobierno liberal a rechazar a quien pretendía introducir en su Nación o su Estado los mismos principios y valores que aquél consideraba irrenunciables?” Posteriormente, a finales del XIX, habiendo triunfado ya las revoluciones liberales en toda Europa, surgió el movimiento anarquista, que se distinguió por hacer uso de unos medios especialmente destructivos que hasta entonces no habían sido empleados, las bombas, y que naturalmente no pudo ser aceptado como legítimo por un Estado que legitimaba el poder obtenido por la elección de los

vivimos en un Estado de derecho que garantiza plenamente los derechos y libertades de la ciudadanía. 2. El Parlamento Vasco manifiesta que no existen problemas para defender las ideas políticas, siempre que se expresen en el marco de la legalidad. 3. En consecuencia, el Parlamento Vasco declara con total rotundidad que no existen presos políticos ni en Euskadi ni en el conjunto de España; y, por eso mismo, rechaza contundentemente la utilización de dicho término para definir a los presos de la banda terrorista ETA, que se encuentran en prisión por delitos perfectamente tipificados en el Código Penal”. Cfr. Acuerdos del Pleno celebrado el día 16 de mayo de 2013. <http://www.parlamento.euskadi.net/pdfs/acuerdos/2/10/000030.pdf>

ciudadanos mediante elecciones. Pero como este mismo autor reconoce, lo cierto es que “la lucha política ha dejado de estar moral y jurídicamente justificada cuando se emplea la violencia sin necesidad, sobre todo cuando esa violencia significa un desprecio absoluto hacia la vida y las libertades de los ciudadanos a los que se dice querer defender”³²⁷.

Resulta así que, en nuestro ordenamiento jurídico, la primacía de la Constitución, que niega expresamente la categoría de delitos políticos a los delitos de terrorismo, parece ya suficiente argumento como para sostener que en el Estado social y democrático de derecho en que se constituye España según el art. 1 de la propia Constitución, los delitos de terrorismo no puedan ser considerados como tales.

Asimismo, si atendemos a la evolución de la descripción de los tipos penales de terrorismo en España, se observa que, después de 1978 y en especial tras la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal³²⁸, estas descripciones quedaron desprovistas de toda referencia a finalidad política alguna, pues la disposición final de dicha Ley derogaba la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución³²⁹. GÓMEZ MARTÍN explica que “Dicha despolitización legislativa del terrorismo obedeció a tres razones: la búsqueda de un alejamiento del modelo antiterrorista del franquismo, para el que la esencia del terrorismo residía, exclusivamente, en la disidencia política; el deseo de recabar la complicidad de todos los países del contexto cultural español en la lucha contra el terrorismo; y por último, la tesis de acuerdo con la cual en un Estado liberal cabe sostener cualquier política, incluso la pretensión de modificar el orden democrático, siempre y cuando la misma tenga lugar por cauces legales”³³⁰.

327 BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, págs. 67-68.

328 Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal. «BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1988, páginas 16159 a 16159. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12908>

329 «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 1985, páginas 70 a 72. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-63>

330 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (46).

Por su parte, ASÚA BATARRITA afirma que en un sistema democrático (así se autodenomina nuestro Estado en el art. 1 de la Constitución), no cabe hablar de delito político, porque los proyectos de cualquier signo tienen su cauce de expresión y reivindicación. El uso de la violencia como instrumento político se convierte en delictiva por el método utilizado, no por las ideas que se propugnen. “El fortalecimiento de la cultura democrática reclama la clarificación permanente de la intolerabilidad de los procedimientos de subordinación de la vida y de los derechos básicos de las personas a los programas políticos por atrayentes que fueran. Esta clarificación debe plasmarse en las propias leyes que castigan los crímenes de motivación política. El reproche jurídico, expresión del reproche social, debe quedar libre de contaminación ideológica. Sentar la distancia entre el terrorismo y la delincuencia política, que en un sistema democrático puede clarificarse de forma convincente, es el camino que debe recorrerse para desterrar cualquier atisbo de legitimación social del terrorismo en la que éste pretende apoyarse”³³¹.

En este sentido, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quizás con excesivo recato, ha tenido sumo cuidado para no desacreditar ninguna opción política, tratando de distinguir entre el reproche que merece el acto criminal y la ideología del autor, que no es objeto de valoración penal. A modo de ejemplo, en la Sentencia núm. 633/2002, se razonaba que “no puede ser puesto en cuestionamiento que la actividad delictiva de ETA, de la que el recurrente era un significativo dirigente en la época analizada en la sentencia, tenía y tiene por finalidad obtener la independencia de Euskadi, no como opción ideológica, que como tal puede tener cabida en el marco del pluralismo político que es uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino como imposición de una opción que excluye las demás y busca el exterminio del pluralismo ideológico mediante los más graves actos de aterrorización social”³³².

En cualquier caso, por encima de declaraciones formales de los Parlamentos autonómicos o de afirmaciones *obiter dicta* contenidas en las Sentencias de los

331 ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

332 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 633/2002 de 21 de mayo (RJ 2002, 6715).

Tribunales, frente al terrorismo, es la legitimidad de un Estado que reconoce los derechos humanos más básicos y permite la existencia de cauces pacíficos de participación política lo que impide que los ataques terroristas merezcan la consideración de *delitos políticos*, así como que pueda triunfar la pretensión que de tal calificación pueda derivarse un trato más benévolo para estos delincuentes cuando no directamente una causa de justificación cuando precisamente, y en sentido contrario, las acciones terroristas denotan un desvalor que las hace merecedoras de castigos más severos³³³.

2.3.6. Los delitos de terrorismo tampoco son delitos de autor

La consideración de los delitos de terrorismo como delitos políticos - desautorizada como se ha expuesto- se encuentra estrechamente ligada a la idea de que los tipos penales de terrorismo recogen supuestos de *delitos de autor*. Esto vendría a ahondar en el manido argumento empleado por los terroristas de que el Estado no combate al terrorista en cuanto que autor de un delito, sino por las ideas que profesa, empleando el Derecho penal de modo ilegítimo, pues el considerado terrorista, que en el fondo estaría luchando por una causa justa, es objeto de mayores represalias que las que merecería cualquier otra persona que cometiese el mismo hecho. Por eso, conviene razonar por qué los delitos de terrorismo, tal y como vienen configurados en el Código Penal español, tampoco pueden considerarse delitos de autor.

El origen del Derecho penal de autor puede encontrarse en los estudios de la llamada Escuela positiva³³⁴ realizados en Italia por LOMBROSO³³⁵, quien fundara

333 En este sentido, MONTORO BALLESTEROS apunta que “En el supuesto de que la acción dirigida contra el Estado legítimo esté impulsada por «motivos políticos» esta circunstancia –con independencia de la función que pueda jugar en la valoración y concreción de la responsabilidad jurídica– no puede transmutar la ilicitud sustancial de la mencionada conducta como acción mala per se y constitutiva por tanto de un delito común (complejo o conexo, según el caso) y no de un delito político. Tal sucede, por ejemplo, con las actuaciones criminales de ciertas bandas y grupos terroristas como ETA, las cuales –operando unas veces directamente contra instituciones del Estado, y otras contra bienes privados (personales y reales)–, nunca deberían ser consideradas como delitos políticos sino como delitos comunes merecedores del más duro castigo”. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO: : «En torno a la idea de delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 18, 2000, págs. 131-156.

334 La Criminología de esta Escuela positiva italiana se ocupaba de buscar las causas del delito como fenómeno empírico individual (Antropología y Psicología Criminal) y social (Sociología Criminal). No perseguía la explicación sociológica de las normas e instituciones penales, sino que creía poder estudiar el delito como una realidad natural independiente de aquellas normas o instituciones. Este planteamiento, que no ha desaparecido en la Criminología “oficial”, se rechaza hoy por la Criminología

junto con y FERRI³³⁶ y GAROFALO³³⁷, en 1880, el *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente*, así como en la clasificación de los delincuentes propuesta por VON LISZT, representativo de la escuela sociológica, en su *Programa de la Universidad de Marburgo*³³⁸.

Alcanzó su máximo esplendor en el Derecho penal de la Alemania nacionalsocialista, donde el concepto pasó de fundamentar las teorías criminológicas

Crítica, que ha dirigido la atención al estudio sociológico de las instancias de control penal (normas penales, policía, Administración de Justicia, cárceles). Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte General, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 50.

335 En su obra *L'uomo delinquente*, de 1876, LOMBROSO desarrollaría buena parte de su antropología criminal, poniendo de relieve que los delincuentes presentan caracteres anormales que les asemejan a seres atávicos con rasgos anatómicos cercanos al hombre primitivo y a animales inferiores, presentando cierta homogeneidad en cuanto a su moral, religiosidad, inteligencia o educación, a la vez que abordaba temas de menor envergadura, como el uso de tatuajes o el empleo de determinado argot, resultando determinantes el prognatismo, la cantidad y ondulación del pelo, la ausencia de barba, la tez frecuentemente oscura, la oxicefalia, la oblicuidad de los ojos, el cráneo pequeño, la mandíbula desarrollada, la frente huidiza, el tamaño de las orejas, la analogía entre los dos sexos y la escasa fuerza muscular; factores todos ellos que le permitían establecer similitudes entre los criminales europeos y el hombre austral o mongólico. Así en LOMBROSO, CESARE: *L'uomo delinquente*, Ulrico Hoepli, Milano, 1876, pág. 43, en cita de SANTOS, JOSÉ ANTONIO: «Filosofía del Derecho Penal, positivismo jurídico y eugenesia en la República de Weimar», en F. Javier Blázquez Ruiz (coord.): *Nazismo, Derecho, Estado*, págs. 119-155 (120-121), Dykinson, Madrid, 2014.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, advirtiendo de que el determinismo biológico de LOMBROSO se encuentra bastante desfasado, recuerda sin embargo cómo los atentados anarquistas de finales del siglo XIX sugirieron al famoso criminólogo la idea de una relación causa-efecto entre la pelagra y el lanzamiento de bombas. La pelagra es una deficiencia vitamínica que se extendió ampliamente entre los habitantes de la Europa decimonónica que habían sido alimentados a base exclusivamente de maíz, a la que se asociaba unas disfunciones neurológicas o ciertas lesiones cerebrales ocasionadas por el mal funcionamiento de ciertos neurotransmisores, así como predisposición innata a la hiperactividad. Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 179.

336 FERRI vendría a afirmar en su *Sociología criminal*, como apuntara en su tesis *La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío*, que las razones por las cuáles el hombre delinque son ajenas a su voluntad. Para FERRI, el delincuente lo es a causa de enfermedades que ha heredado o ha adquirido durante su vida.

337 GAROFALO es uno de los máximos representantes de la Escuela positiva, conocido por haber acuñado el término “Criminología”. Cfr. GAROFALO, RAFFAELE: *Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*, Turín, 1885, en la versión española de PEDRO BORRAJO, editor Daniel Jorro, Madrid, 1912. La defensa social es una constante en la obra de GAROFALO que plasmó las ideas de LOMBROSO en fórmulas jurídicas. GAROFALO defendía la pena de muerte y la eugenesia de los enfermos mentales, llegando a abrazar el fascismo en su madurez.

338 VON LISZT, representativo de la escuela sociológica, patrocinaba una concepción retributiva de la pena que no incide sobre el delito, sino sobre el delincuente, lo cual se hace mediante tres mecanismos de actuación diferentes: “1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; 2) Intimidación del delincuente que no requiere corrección; y 3) Inocuidización del delincuente que carece de capacidad de corrección” VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 82-83.

que utilizaban la mera clasificación de los distintos tipos de delincuentes (al estilo de las ciencias naturales), a tener gran influencia en las teorías normativas, pasando así de la mera descripción del *ser* a buscar un efecto normativo de *deber ser*.

Tal concepción del Derecho ha sido ampliamente criticada, pues el principio básico de Derecho penal consistente en la responsabilidad por el hecho se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser del sujeto activo, obligando a detenerse, por el contrario, en la valoración de la gravedad del delito cometido. El tema del Derecho penal de autor es ampliamente estudiado en una monografía de GÓMEZ MARTÍN, que refiere cómo DAHM intentó destruir completamente los tipos penales, eliminando el concepto de *tipo* de la Dogmática del Derecho penal, al proponer por un lado una interpretación laxa de los tipos penales existentes y por otro la redacción flexible, utilizando masivamente elementos normativos o de valoración, de los tipos en el futuro. Asimismo, patrocinaba que debía atenderse a lo que en el lenguaje popular se entendía por autor de un delito, pues cuando el lenguaje popular denomina al autor de un delito de un modo determinado, la esencia del delito residirá en la “voluntad del sujeto” y no en la realización de la conducta o en la producción del resultado. Así, no es un ladrón aquél que sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquél que “es un ladrón conforme a su esencia” y teniendo en cuenta el “elemento más llamativo” del tipo³³⁹.

De modo genérico, refiriéndose a la totalidad de nuestro sistema penal, –aunque cabe apuntar que lo mismo ocurre con los delitos de terrorismo–, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN han señalado que, en nuestro Derecho, el tipo penal se proyecta hacia los hechos, y en manera alguna hacia los autores, de modo que de la denominada concepción del tipo como “tipo de autor” solamente queda, a lo sumo, una acentuación del subjetivismo en la teoría del tipo, siendo de plano absolutamente desechada su esencial formulación³⁴⁰. Como afirma por su parte MIR PUIG, en nuestro Derecho rige plenamente el principio de responsabilidad por el hecho, que se opone a la

339 Ampliamente sobre el tema, la monografía de GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Con cita, en lo referente a DAHM, de SCHEWINGE, E./ZIMMERL, L: *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937.

340 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 241.

posibilidad de castigar el carácter o modo de ser. Dicho principio enlaza con el de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos³⁴¹.

Si nos centramos ahora en el tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo en España, observamos que éstos no encajan en el denominado “Derecho penal de autor” pues como se ha apuntado, el elemento subjetivo del tipo (que debe quedar probado en juicio) determina una mayor punición del delito, pero lo mismo ocurre con otros muchos tipos penales y además tal ánimo subjetivo no se castiga en cuanto que mera idea o pensamiento, sino que ha de concurrir en todo caso con un elemento objetivo, de modo que se materialice en una exteriorización de tal voluntad que produzca efectos dañosos en el mundo exterior al sujeto.

Hay que admitir que la falta de una definición del concepto de terrorismo, tanto a nivel nacional como internacional, ha propiciado que, en ocasiones, la legislación antiterrorista, más que definir los delitos de terrorismo, haya definido a la persona del terrorista, al poner el énfasis en los aspectos subjetivos de la conducta. Ello ha contribuido a la confusión entre delitos comunes y políticos así como a la proliferación de los argumentos en favor de la propaganda terrorista, extendiendo la idea de que las normas jurídicas contra el terrorismo son un producto malintencionado de un Estado ilegítimo que profesa una determinada ideología contraria a los fines políticos de los terroristas, que éstos defenderían legítimamente con las armas. En este sentido, BUENO ARÚS reconoce que la mención del autor a la hora de tipificar los delitos de terrorismo en la originaria redacción del Código Penal de 1995, constituía un método reprobable de redacción que podía inducir gratuitamente a confusión. En primer lugar, el Código definía tipos específicos de terrorismo en sus arts. 571 a 580. Sin embargo, todos los elementos que se usaban para la construcción de los tipos se repetían en otros tipos del Código (acción violenta, empleo característico de explosivos, resultados graves, creación o tentativa de creación de un clima de terror que se extienda a la población, frecuente referencia a una pluralidad de víctimas, finalidad política de alteración del orden constitucional o de publicidad de un grupo político ilegal nuevo). En definitiva, como señala este autor, “las limitaciones del lenguaje se hacen presentes en la necesidad de definir el delito de terrorismo empleando las palabras terror y terrorista, lo que vicia

341 MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 125.

el aspecto lingüístico de la cuestión, pues definir el terrorismo como los delitos cometidos por los elementos terroristas es una petición de principio que no resuelve absolutamente nada, salvo quizás destacar que en este ámbito delictivo los aspectos criminológicos son más identificativos que los jurídicos”. A este método se contrapondría otro consistente justamente en no emplear el término terrorismo, con lo que se obtiene la ventaja de insistir en la idea de que los terroristas son delincuentes comunes y no delincuentes políticos³⁴². Pero en cualquier caso, como señala también BUENO ARÚS, la calificación de los delitos de terrorismo como delitos cometidos por terroristas no convierte a los tipos correspondientes en tipos de autor, porque el referente típico continúa siendo la conducta y no la personalidad del autor³⁴³. En relación con este concepto, MIR PUIG explica que el principio de responsabilidad por el hecho, que exige un “Derecho penal del hecho”, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser y destaca que este principio enlaza con el de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el “mandato de determinación” de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva, lo que se negó por el “Derecho penal de autor” y la “teoría de los tipos penales de autor” que propusieron los penalistas nacionalsocialistas, de modo que en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. se debía castigar al “homicida”, al “ladrón”, al “falsificador”, etc.³⁴⁴.

Tampoco el hecho de que los delitos de terrorismo sean cometidos, por lo general, por personas de una determinada ideología, determina que se trate de un Derecho penal de autor, pues el Código contiene tipos generales que pueden ser

342 Cfr. BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, págs. 62 y ss.

En este sentido, la Ley Orgánica 5/2010 supuso, como explicaba su Exposición de Motivos, “una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI”. Se dio un nuevo tratamiento a los delitos de terrorismo, que se desplazaba “a un nuevo capítulo VII del Título XXII, aprovechando a tal fin el artículo 571, cuyo contenido se traslada al 572, lo que permite constituir con aquel una sección primera dedicada a dichas organizaciones y grupos, para mantener en la segunda los actuales delitos de terrorismo. Así, se sitúan las organizaciones y grupos terroristas -por obvias razones de proximidad conceptual, en los términos y por las razones ya expuestas- a continuación de las organizaciones y grupos criminales, al tiempo que se unifica en un mismo capítulo del Código Penal la reacción penal contra todas las manifestaciones de terrorismo”.

343 Cfr. BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, págs. 62 y ss.

344 MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 125.

realizados por cualquiera. Como se ha expuesto, el concepto jurídico del terrorismo no excluye el de “extrema derecha”, por más que haya sido menos frecuente en España que el de signo contrario. Y, sobre todo, no puede consistir en delitos de autor porque no se castiga la personalidad del mismo ni su mero pensamiento, sino que es necesario que el delito se ejecute. Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo sobre los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid³⁴⁵, *“No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”*. El elemento subjetivo del tipo, además de tener que ser probado en juicio, debe concurrir con otro elemento objetivo que por sí mismo sería ya constitutivo de delito aunque se cometiera con otra finalidad. Y además, cabe añadir que, para que el delito de terrorismo sea imprescriptible (art. 131.3-2 CP), tal elemento objetivo no puede venir constituido por cualquier delito, sino precisamente por el más grave que puede haber y que desde tiempos inmemoriales se ha castigado en todo ordenamiento jurídico: dar muerte intencionadamente a otro ser humano.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha descartado que la tipificación de los delitos de terrorismo suponga un deslizamiento hacia el Derecho penal de autor aunque se trate de un terrorista no integrado en una organización:

“Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, como se sugiere en el recurso, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una

345 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 503/2008 de 17 de julio (RJ 2008, 5159).

organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto”³⁴⁶.

Tenemos así que la previsión de imprescriptibilidad del delito –lo mismo puede decirse del resto de medidas excepcionales fundamentalmente de índole procesal que pueden adoptarse en los casos de terrorismo– no se establece en función del criterio subjetivo de la personalidad del autor, sino en función del criterio objetivo del tipo de delito supuestamente cometido. No se trata, por tanto, de que una vez que se ha determinado que una persona - a la que podemos llamar terrorista - se ha apartado decididamente del Derecho, cualquier delito cometido por él sea tratado de forma distinta, pudiendo llegar a ser el asesinato que cometió imprescriptible cuando los demás asesinatos no lo son. La mayor gravedad del homicidio o asesinato que determina su calificación como terrorista no viene determinada por un criterio subjetivo, pues el objeto del proceso penal es el hecho considerado delito (o falta), esto es, el hecho punible y no la personalidad del autor. Y tal hecho se califica siguiendo un *criterio objetivo*. En el caso de los delitos de terrorismo, tal constatación requiere verificar si en ese caso concreto, junto con el hecho objetivo concurre, *además*, el *elemento subjetivo* del tipo consistente ejecutar el hecho con alguna de las finalidades previstas en el art. 573 CP³⁴⁷ pues, como pone de manifiesto ASÚA BATARRITA, lo que diferencia los delitos de terrorismo de los delitos “comunes” es la instrumentalización de atentados a bienes jurídicos básicos para obtener el fin de atemorización, intimidación a la población o a parte de ella, y a los poderes públicos: “no es suficiente constatar la intención en el plano psicológico interno del sujeto. La intención tiene que expresarse en las circunstancias externas de la conducta, de forma que sea verosímil la dirección lesiva hacia la afectación de los bienes jurídicos a los que

346 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 546/2002 de 20 de marzo (RJ 2002, 4124):

347 Tras la modificación del Código Penal mediante Ley Orgánica 2/2015:

1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

implícitamente se refieren los elementos subjetivos típicos. La constatación de que se actúa con la finalidad de causar una grave alteración de la paz pública debe deducirse del contexto, sea por tratarse de actividades ordenadas desde un grupo terroristas, sea por los medios de especial contundencia lesiva y de peligro para la generalidad. La finalidad de subvertir el orden constitucional debe corresponderse con el sentido instrumental con que se realiza el delito, de forma que por su entidad o por las circunstancias en que se realiza, sea reconocible la pretensión de incidir o alterar procesos políticos o de decisión institucional. Este entendimiento restrictivoteológico de los elementos subjetivos del injusto, garantiza la contención de la tensión expansiva de éstos que puede derivar hacia connotaciones propias del repudiado «derecho penal del ánimo», «derecho penal de autor»³⁴⁸.

2.4. Delimitación positiva del concepto de terrorismo: elemento estructural y elemento subjetivo

Si prescindimos de antecedentes más remotos, como los referidos atentados cometidos por anarquistas, resulta evidente que la legislación penal española sobre terrorismo de las últimas décadas ha estado influida, fundamentalmente, por la actividad de la organización terrorista ETA. Los delitos de terrorismo se han venido caracterizando así en torno a dos ejes:

- Por un lado, uno de carácter objetivo, consistente en un elemento estructural bien definido, al considerar la ley que toda actividad terrorista tenía su origen en la actuación de una banda armada organizada, sin perjuicio de la posibilidad de actuación de terroristas individuales que se preveía en el art. 77 CP. Tras la importante reforma del Código en 2010, el elemento estructural se concretaría en la «organización o grupo terrorista», manteniéndose esta denominación tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2015³⁴⁹, aunque no obstante esta ley haya otorgado mayor importancia al terrorista individual.

348 Cfr. ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

349 Tras la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, simultánea a la llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015, de acuerdo con el art. 570 bis del Código Penal, “se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que

- Por otro, un elemento subjetivo del tipo penal, consistente en cometer el delito con una finalidad política que, hasta la reforma de 2015, abarcaba únicamente dos posibles modalidades: “subvertir el orden constitucional” o “alterar gravemente la paz pública”. Tras la modificación del Código Penal mediante Ley Orgánica 2/2015: 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. Y 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella (art. 573.1 CP).

El elemento objetivo y el subjetivo se han encontrado además siempre estrechamente entrelazados, haciendo referencia cada uno de ellos a un aspecto que se considera consustancial al terrorismo, pero al mismo tiempo sirviendo cada uno de ellos para facilitar en el proceso penal la prueba del otro. Y aunque la doctrina judicial ha insistido en que la finalidad política del delito terrorista debe ser probada en cada caso³⁵⁰, lo cierto es que la vinculación del sujeto concreto con una organización estructurada ha servido habitualmente para facilitar la calificación de su delito como terrorista, al permitir atribuir al sujeto concreto el ideario propio de la organización terrorista, concebida incluso de modo amplio, sin necesidad de invertir grandes esfuerzos en probar en cada caso la aceptación íntima de tales ideas. El Tribunal Supremo, en Sentencia 1237/1998 de 24 de octubre, afirmaría que *“El elemento intencional específico de los delitos de terrorismo, que no es otro que el propósito de alterar gravemente la paz pública y el orden constitucional, aparece reflejado en la acción que estamos contemplando en cuanto que la pertenencia a una organización*

de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos” y de acuerdo con el art. 570 ter “se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

350 De distintas Sentencias de la Audiencia Nacional se infiere que la finalidad tendencial con que actúa el sujeto activo de los delitos de terrorismo debe quedar acreditada y probada en juicio. Pueden citarse, a modo de ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) a núm. 65/2007 de 31 de octubre (JUR 2007, 328722) y núm. 56/2008 de 13 de octubre (JUR 2009, 79923).

terrorista como ETA, lleva implícito el elemento subjetivo del injusto universalmente proclamado y reconocido por la banda armada”³⁵¹. En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 290/2010 de 31 marzo, en relación con las organizaciones «Jarrai-Haika» y «Segi», que se consideran parte de ETA, se afirma que para que los acusados puedan ser considerados integrantes de dicha organización terrorista será necesario:

- a) Que conozcan la dependencia de ETA (en general de la organización terrorista).
- b) Que conozcan que con sus acciones contribuyen de alguna forma al funcionamiento de la organización (apoyos, materiales, ideológicos, mediante contactos con terceros, internos o internacionales, etc.).

Siendo así la participación en cualquiera de las actividades de la organización propiamente armada con conocimiento de que con esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista, debe configurarse como una modalidad de delito de terrorismo³⁵².

2.4.1. La finalidad política de los delitos de terrorismo

Todos los tipos penales de terrorismo previstos en el Código Penal exigen que la conducta delictiva se realice con una finalidad política. Son estas finalidades las que, según el Código Penal, cualifican a una organización o grupo como terrorista y no meramente como organización o grupo criminal de los arts. 570 bis y ter³⁵³.

351 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1237/1998 de 24 de octubre (RJ 1998, 8321).

352 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 290/2010 de 31 de marzo (RJ 2010, 5544).

353 El art. 571. del Código Penal, según redacción dada por la Ley Orgánica 2/2015, establece que “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”.

Esta redacción tiene su claro antecedente en el art. 571.3 CP tras Ley Orgánica 5/2010. En relación con la misma, CAPITA REMEZAL llamaría la atención sobre el hecho de que la citada reforma de junio de 2010 introdujo en la redacción de dicho artículo el término “objeto” junto con el de “finalidad”, enlazándolo con la conjunción disyuntiva “o”, por lo que las organizaciones o grupos que tuvieran esta finalidad y objeto serían terroristas. Sin embargo, a la vista de las definiciones de “finalidad” y “objeto” en el Diccionario de la Real Academia, puede decirse que ambos vocablos son sinónimos, al tener la misma o muy parecida significación, por lo que “es inane la introducción de la voz «objeto», siendo suficiente con la clásica en esta materia de «finalidad»”. CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites*

La razón de la mayor punición de los delitos de terrorismo radica el hecho de buscar una finalidad política utilizando para ello la violencia y el consiguiente terror que provocan estas acciones. Pero la finalidad política tiene que reivindicarse mediante la comisión de crímenes graves. Como señala POLAINO ORTS los fines subjetivos señalados en el Código Penal no son, en la forma en que los configura el legislador español, meros pensamientos, ideas, tendencias del autor, sino que tienen un reflejo real en el ámbito de la seguridad ciudadana al producir externamente un atemorizamiento en la población. Y por eso el legislador considera menos grave un delito de homicidio cuando se mata limpiamente a una persona que el mismo delito cuando se crea un temor en la población, de modo que se condiciona la mayor punibilidad a la creación de un estado de zozobra, de inseguridad ciudadana, que no sólo afecta a un bien jurídico individual sino también de una norma de flaqueo que apuntala las bases de la convivencia social. Ésta es la idea que informa la mayor punición de un homicidio o asesinato terrorista, la inteligencia de que el bien “vida” se lesiona de manera más grave si, además de matar a una persona, se atenta contra la idea de la convivencia social, esto es, contra la situación social que permite el ejercicio del bien vida (y del resto de bienes) dentro de las mínimas condiciones de seguridad³⁵⁴.

La intención de causar una situación de terror en la sociedad para lograr la pretendida subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública (únicos fines terroristas que preveía el Código Penal antes de la reforma de 2015) ha servido también para moldear en la doctrina el concepto de banda terrorista (hoy sustituido en el Código por el de organización o grupo terrorista), distinguiéndola del resto de criminalidad organizada. Así se desprende de la Sentencia 64/2007 de 29 octubre de la Audiencia Nacional, que partiendo de una interpretación limitada de dicho concepto de banda armada, afirmaba que *“constituyen factores indicativos la permanencia o la estabilidad del grupo, la imprescindible relevancia o la entidad suficiente como para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social. A este concepto ha de añadirse otro elemento: que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que impida el normal ejercicio de los derechos*

(dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389 (358).

354 POLAINO ORTS, MIGUEL: *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Bosch, Barcelona, 2009, págs. 260 y ss.

fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo”³⁵⁵.

La intención de causación de terror es también resaltada, en la doctrina, por ASÚA BATARRITA, para quien “la pretensión de generar un clima de atemorización, de restricción grave de la libertad por el miedo a resultar víctima de atentados, selectivos o indiscriminados, es la característica más expresiva de la estrategia terrorista; sin esta dimensión de producción de “terror” no puede hablarse en puridad de terrorismo”³⁵⁶.

En definitiva, en los delitos de terrorismo, puede distinguirse entre una finalidad mediata –que es lo que fundamenta la mayor punición de los crímenes terroristas–, constituida por alguna de las intenciones previstas en el art. 573 del Código Penal tras su reforma mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo³⁵⁷, y una finalidad inmediata constituida por la comisión del crimen concreto, que se considerará imprescriptible si hubiera causado la muerte de alguna persona (art. 131.3, párrafo segundo, del Código Penal).

Antes de adentrarnos en el estudio por separado de la significación de las distintas posibles finalidades subjetivas de los delitos de terrorismo, conviene que nos detengamos en aclarar que, en términos de dogmática jurídico-penal, tales finalidades

355 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª), Sentencia núm. 64/2007 de 29 de octubre (JUR 2008, 261148), sobre el atentado cometido por ETA el 11 de diciembre de 1995 en el madrileño barrio de Vallecas en el que, conforme a la Sentencia, resultaron muertos 6 funcionarios civiles de la Armada (Manuel Carrasco Almansa, Santiago Esteban Junquer, José Ramón Intriago Esteban, Florentino López del Castillo, Félix Ramos Bailón y Martín Rosa Valera), y 44 personas sufrieron lesiones.

356 ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

357 A saber:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

constituyen un elemento subjetivo del tipo que ha de ser abarcado por el dolo de la conducta del autor al cometer el delito.

2.4.1.1. La finalidad política en la dogmática jurídico-penal: elemento subjetivo del tipo

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN explican en su Manual sobre Parte General³⁵⁸ que el tipo contiene un elemento subjetivo cuando el injusto no viene definido por el puro acontecer externo, sino que precisa de una referencia psíquica.

De este modo –como apunta en otro lugar VIVES ANTÓN–, el tipo de acción puede integrarse con momentos subjetivos, “pues hay clases de acciones que no podrían definirse sin ellos”, pero no obstante “que así sea, no significa que el tipo de acción se desarrolle en dos planos: uno externo e interno el otro”. “El recurso a un estado mental que es, de suyo, inaccesible, no puede ayudarnos en absoluto a llevar a cabo esa distinción”. “De modo que, para efectuarla, habremos de acudir a los «criterios externos» mediante los que usualmente determinamos si se conoce el sentido de las palabras, esto es, al uso y a la conducta”³⁵⁹.

ASÚA BATARRITA concreta esta idea en relación con los delitos de terrorismo, señalando que los elementos subjetivos del tipo son elementos de intención que se adicionan al dolo típico referido al delito común realizado. El dolo define la actuación con clara conciencia, o con finalidad directa, de lesionar o de poner en peligro los bienes jurídicos que se pretenden tutelar mediante la prohibición del asesinato, las lesiones, la detención ilegal, los estragos, la posesión de explosivos...etc. Las finalidades ulteriores que la ley contempla bajo la forma de *elementos*

358 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 309.

359 VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: «Reexamen del dolo», en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* / coord. por Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 369-388. Citado por ORTS BERENGUER, ENRIQUE: «Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, J. C. Carbonel Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dirs.) M. L. Cuerda Arnau (coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1483 y ss. (1488).

subjetivos de tendencia, tienen la misión de co-fundamentar el injusto típico. No obstante, advierte también nuestra autora que un *Derecho penal del hecho*, como el nuestro, ha de limitar su intervención a las conductas exteriorizadas que contiene la capacidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, pues en tal Derecho, “que rechaza la incriminación de pensamientos o de actitudes internas, el plano psicológico de las intenciones solo adquiere relevancia en cuanto conectado a una base empírica, real, a través de la que se exterioriza”³⁶⁰.

El ataque múltiple y la consiguiente puesta en peligro cuando no lesión de bienes jurídicos que suponen los delitos de terrorismo, en definitiva la pluriofensividad, no se produce sólo, como se ha aclarado, porque en el ánimo interno del autor exista la intención de que con su delito el orden constitucional sea subvertido o la paz pública alterada, sino porque ese ánimo interno tiene una *proyección externa* en la realidad. Por eso, en cualquier caso, la finalidad tendencial con que actúa el sujeto activo de los delitos de terrorismo debe quedar acreditada y probada en juicio, como se infiere de distintas Sentencias de la Audiencia Nacional³⁶¹.

Que los tipos de terrorismo incluyan un elemento subjetivo del tipo merece, desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, dos consideraciones:

1. En primer lugar, tal elemento subjetivo determina una pluriofensividad de bienes jurídicos, pues junto al ataque directo a un bien jurídico protegido (la vida) se produce otro indirecto a otro bien (concretados tras la reforma de 2015 en el orden constitucional, el normal funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, la soberanía de los poderes públicos, la

360 ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

361 Pueden citarse las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) a núm. 65/2007 de 31 de octubre (JUR 2007, 328722) y núm. 56/2008 de 13 de octubre (JUR 2009, 79923).

paz pública, el funcionamiento de las organizaciones internacionales o el derecho de la población a no sufrir un estado de terror). Tal pluriofensividad fundamenta una mayor punibilidad de estos delitos. Cabe tener en cuenta que, como explican COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN, sistemáticamente, el bien jurídico desempeña una doble función: de una parte, constituye el fundamento de la infracción, desde el momento en que el delito es, ante todo, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; de otra, representa un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones, cuyas semejanzas y diferencias se concretan, en primer término, en el objeto de protección. Así pues, el bien jurídico aparece como el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción y, a la vez, como criterio ordenador del conjunto de las infracciones particulares en la Parte especial³⁶². Y así, de entre las múltiples funciones que se ha atribuido al bien jurídico en el Derecho penal, hoy se acepta con relativa facilidad que éste cumple una función dogmática (interpretativa, sistemática, clasificatoria). VON LISZT llegó a afirmar que “la pena es protección de bienes jurídicos”³⁶³. Para OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, precisamente la imposición de una pena se justifica por su necesidad para lograr su misión de protección de bienes jurídicos, pero se *legitima* si se aplica, además, de acuerdo con una serie de principios (legalidad, ofensividad, humanidad, mínima intervención, etc.) y, en particular, el de justicia, porque, si bien el Estado no tiene por misión perseguir la Justicia ni implantarla en la Tierra, no está relevado de la obligación de actuar *justamente*, eso es, siguiendo la definición clásica, dando a cada uno lo suyo. De este modo, la existencia de la pena no se justifica por exigencias de la Justicia, sino por razones de carácter preventivo, pero a lo que sí obliga la Justicia es a administrar las sanciones justamente, esto es, proporcionalmente³⁶⁴.

362 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 251.

363 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, pág. 79.

364 OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en

2. La segunda consideración derivada de la inclusión de elementos subjetivos en los tipos de terrorismo –y que está también directamente enlazada con la necesidad de prueba de la concurrencia de tal elemento subjetivo en la ofensa al bien jurídico inmediatamente atacado– es que ello no determina, como en ocasiones se ha pretendido, ni que los delitos de terrorismo se configuren en nuestro Derecho como delitos políticos, ni tampoco como delitos de autor. Estos extremos, ya analizados, son interesantes para nuestro tema de estudio porque, sentado esto, el fundamento de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, – que trataremos de indagar en otro capítulo– no puede radicar en el reproche moral que merezcan las ideas políticas de quien comete el delito, sino en el delito mismo que, para que así pueda ser considerado, ha de tener su manifestación en el mundo exterior, causando un daño injusto a otra persona. Y ello, aunque este daño, como se explicará, no se le inflija –en la mentalidad del terrorista– por ser quien es, sino por lo que representa.

En relación con ello, es de destacar cómo a los efectos del proceso penal, único cauce de realización del Derecho penal, la tendencia subjetiva de atentar contra los mencionados bienes jurídicos tiene que quedar probada para que el delito pueda calificarse como terrorista. Esta necesidad, como resalta CAPITA REMEZAL, determina que no pueda ser calificada como de terrorismo cualquier acción violenta por el simple hecho de quién la realice³⁶⁵. Por eso, para que la acción sea subsumible en los tipos de terrorismo, debe verificarse la concreta lesión de uno de los bienes jurídicos protegidos previstos en el art. 573 CP.

La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, págs. 38-39.

³⁶⁵ Pues ello nos situaría ante un Derecho penal de autor. Cfr. CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389 (357).

2.4.1.2. Sobre el significado de los bienes jurídicos supraindividuales atacados por el terrorismo.

Mediante la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo³⁶⁶, a la anteriormente existente finalidad de “subvertir el orden constitucional” que calificaba a un delito como terrorista, se ha añadido, en el art. 573 CP, la de “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Se ha mantenido la ya preexistente finalidad de “alterar gravemente la paz pública”, pero se han añadido además otras dos: la de “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional” y la de “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

De este modo, el art. 573 del Código Penal establece

“1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

366 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, conforme a su Disposición final tercera. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440

2.4.1.3. De las finalidades subjetivas pretendidas a los resultados objetivos inmediatamente producidos

Cabe llamar la atención acerca de cómo las nuevas finalidades terroristas que el Código prevé tras la Ley Orgánica 2/2015 atienden más a los efectos inmediatamente producidos por los crímenes terroristas que a las íntimas finalidades últimas pretendidas por sus autores.

Tanto la alteración grave de la paz pública (finalidad terrorista ya prevista en el Código antes de su modificación por Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo) como la de provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella (introducida por la citada Ley) constituyen elementos subjetivos de los tipos penales de terrorismo que, más que al fin político último, atienden al resultado objetivo inmediatamente producido por la acción criminal.

Ya respecto de la finalidad de alterar gravemente la paz pública, LAMARCA PÉREZ ponía de manifiesto que más que una finalidad, tal concepto parecía expresar un resultado, pues la alteración de la paz pública es, normalmente, el resultado más inmediato de las acciones terroristas. Para la definición de este concepto, la autora consideraba necesario tener en cuenta que los delitos de terrorismo se encuentran bajo la rúbrica general de *Delitos contra el orden público*, concepto que hoy no cabría sino definir, a su juicio, como el orden positivo, esto es, el orden establecido por el Derecho –y no por una difusa conciencia social–, que se traduce en la defensa del libre ejercicio de los derechos fundamentales. Pero observa también que en los tipos de terrorismo se elude este término y en su lugar se hace referencia al de paz pública, más preciso, y que quizás pueda asemejarse al concepto de seguridad ciudadana definido por doctrina y legislación como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad. En cualquier caso, a juicio de LAMARCA, el término resultaba de una imprecisión contraria al principio de legalidad penal y además la autora planteaba –coincidiendo en esto con MUÑOZ CONDE–, la cuestión de si el terrorismo ya no se concebía exclusivamente como un delito político (es decir si cabía calificar también como terroristas a grupos que sólo persiguen atentar contra el normal desarrollo de la vida ciudadana sin pretender la subversión del orden constitucional³⁶⁷).

367 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*,

En definitiva, incluso antes de la reforma de 2015, parte de la doctrina planteaba la necesidad de trazar una frontera precisa entre los delitos contra el orden público –entre los que pueden encontrarse determinadas formas de protesta social que no pretendan finalidades contrarias al ordenamiento jurídico ni al orden constitucional– y los delitos de terrorismo. A juicio de LAMARCA, resultaba muy discutible la equiparación del tratamiento sustantivo y procesal de los delitos con una finalidad política concreta con el de aquellos delitos que únicamente buscan crear alarma en la colectividad, alterando de este modo la “paz pública”. Por eso, señalaba acertadamente a nuestro juicio que, si se prescindía de la finalidad política, no era posible distinguir el terrorismo de otros tipos delictivos, y muy singularmente de los desórdenes, que también requieren la actuación en grupo pero, sobre todo, se corría el riesgo de tratar de igual modo a fenómenos muy diferentes que por serlo requieren una respuesta distinta³⁶⁸.

Siguiendo los anteriores razonamientos, otros autores, como CAPITA REMEZAL han propuesto una definición de terrorismo que comprenda cumulativamente las finalidades de subvertir el orden constitucional, empleando la conjunción y (en lugar de o) alterar gravemente la paz pública, lo que podría garantizar de manera más efectiva los principios de legalidad, y de certeza o taxatividad de las normas penales³⁶⁹.

Sin embargo, lo cierto es que si se exigiese la concurrencia de ambas finalidades, simplemente dejaría de tener sentido la exigencia de la segunda de ellas, pues parece obvio que todo intento violento y con métodos criminales de subvertir el orden constitucional necesariamente habrá de alterar gravemente la “paz pública”, si ésta se asimila a “orden en las calles”.

Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 842.

368 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 842.

369 Cfr. CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351- 389 (357). En relación con el concepto de paz pública, nuevamente resalta este autor que es un concepto jurídicamente indeterminado y que pudiera ser contrario al principio de legalidad penal, pues aunque en cualquier caso se produce esta alteración cuando se actúa con fines políticos de forma violenta, no obstante también puede alterarse con la realización de otros delitos no terroristas (pág. 363).

Atendiendo a nuestra legislación histórica, cabe señalar que la finalidad de alteración grave de la paz pública reapareció como finalidad subjetiva de los delitos de terrorismo en el Código Penal español de 1995³⁷⁰, después de que hubiera sido suprimida en la reforma de 1978, lo que llevó a parte de la doctrina a pensar que “atentar contra la paz pública” habría “recuperado” su antiguo “matiz subversivo”, mas ello vaciaría de contenido una jurisprudencia consolidada en materia de desórdenes públicos que, precisamente, excluye cualquier connotación “subversiva” a tal finalidad. Por tanto, según algún autor como TORRES FERNÁNDEZ, alterar la paz pública vendría a constituir una un “fin más modesto” que el de subvertir el orden constitucional pero en cualquier caso conectado con él. Y de este modo, parecería que en los delitos de terrorismo ambos requisitos (subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública) serían en realidad uno solo³⁷¹. Pero la cuestión -como se ha visto, no dirimida por ulteriores reformas legislativas- no es pacífica, como pusiera de manifiesto SANDOVAL, que se inclinaba por considerar que la finalidad de atentar contra la paz pública lleva a que el terrorismo deje de ser concebido como un delito de finalidad política, aunque sin embargo se cuestionase que la expresión tuviese el mismo significado cuando se refiere a desórdenes públicos y al terrorismo³⁷².

370 El art. 571 del Código Penal de 1995, en su redacción original, establecía que “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”. Como puede observarse, tal tipificación de los delitos de terrorismo se basaba en el uso de explosivos y la causación de incendios y ambas finalidades subjetivas se recogían en el mismo párrafo, lo que inducía a parte de la doctrina a considerar que se trataba de finalidades íntimamente conectadas. Así por ejemplo, TORRES FERNÁNDEZ, M^a ELENA: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 244.

371 Afirmaba esta autora que “El fin de atentar contra la paz pública, compartido por los delitos de terrorismo y algunos delitos de desórdenes públicos y definido como la actuación al margen de los mecanismos de participación que ofrece el Estado democrático, en el contexto de la actividad terrorista, estará directamente conectado a otro fin más específico del terrorismo, esto es, a la subversión del orden constitucional en el sentido de ataque directo a los fundamentos del Estado; mientras que en los desórdenes público el fin de atentar contra la paz pública se pondrá al servicio de pretensiones de otra índole, generalmente político-social”. TORRES FERNÁNDEZ, M^a ELENA: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 244, citada por SANDOVAL, JUAN CARLOS: *El delito de rebelión, bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 206 y ss.

372 SANDOVAL, JUAN CARLOS: *El delito de rebelión, bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 209.

Lo cierto es que a esta confusión doctrinal ha contribuido el propio Tribunal Constitucional, que en su Sentencia núm. 199/1987 de 16 diciembre, en relación con la ley antiterrorista de 1984, había admitido la posibilidad de equiparar determinados grupos criminales sin finalidad política a las organizaciones terroristas, a efectos de poder aplicarles la legislación antiterrorista, afirmando que no cabe *“excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2 de la Constitución. Ello se comprueba además con la lectura de la discusión parlamentaria del precepto constitucional, en la que se constata un tratamiento común de formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”*³⁷³. La doctrina de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional fue acogida también por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias³⁷⁴, si bien cabe señalar que la legislación antiterrorista a la que se refería tal doctrina jurisprudencial no se recogía en el Código Penal sino en leyes especiales, y era concebida como una concreción de lo dispuesto en el art. 55.2 de la Constitución, en sede de suspensión de suspensión de los derechos y libertades³⁷⁵, que se desarrolla, en

373 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 199/1987 de 16 de diciembre (RTC 1987, 199), que resuelve los recursos de inconstitucionalidad 285 y 292/1985, interpuestos respectivamente por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

374 Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2838/1993, de 14 de diciembre (RJ 1993, 9446): *“El elemento teleológico supone, como expresan las citadas sentencias del Tribunal Constitucional, el propósito de infundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva, añadiendo en otro pasaje la misma STC 199/1987 que ha de tener entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un gran rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana y por suponer un ataque al conjunto de la sociedad democrática”*. En similar sentido y por todas, las Sentencias de 22 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 8436); 13 de octubre de 1989; 22 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9759); 19 de enero de 1990 (RJ 1990, 451); 9 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2432); 18 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4145); 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7215); 2 y 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8660); 21 de enero de 1991 (RJ 1991, 164); 14 y 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2173); 15 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2158); 25 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7379); 12 de noviembre de 1991 (RJ 1992, 295); 22, 24 y 30 de enero de 1992 (RJ 1992, 607); 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1008); 16 de junio de 1992 (RJ 1992, 5388); 4 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8883); 25 de enero de 1993 (RJ 1993, 174); 26 de enero de 1994 (RJ 1994, 110) y 16 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4484).

375 En el antecedente 10 de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 199/1987 de 16 de diciembre (RTC 1987, 199), puede leerse que *“El art. 55.2 no pretende asumir una*

ese momento, mediante la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que llevaba por rúbrica “contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución”.

Por rechazable que sea la posibilidad de aplicación analógica de la legislación antiterrorista a delitos que por su naturaleza no lo son, la citada doctrina jurisprudencial pone de manifiesto la raíz del problema, aún no zanjado y a cuya resolución precisamente pretendemos contribuir con este trabajo: la falta de un concepto jurídico del terrorismo suficientemente acotado, en el que no quepan supuestos de hecho ilimitados, para que no sea posible su aplicación expansiva en función de la ideología concreta del gobierno de turno, pero que a la vez lo suficientemente operativo como para que pueda dar una respuesta jurídica eficaz a las nuevas formas en que se manifiesta el fenómeno y sus nuevos *modus operandi*.

Por otro lado, desde el punto de vista de la aplicación judicial del Derecho, lo cierto es que expresiones que atienden al efecto inmediato producido por el terrorismo en lugar de a la finalidad mediata pretendida (como la prevista en el requisito de “alterar gravemente la paz pública”) sirven para calificar de terroristas las acciones que produzcan este tales efectos inmediatos atendiendo a éstos directamente, sin necesidad de tener que probar en juicio que la intención del autor era nada menos que subvertir el orden constitucional, extremo éste vinculado a su subjetividad y no al dato objetivo del resultado inmediatamente producido por su acción, y que puede resultar extremadamente difícil de probar cuando se enjuicia la actuación criminal de grupos pequeños o incluso de individuos aislados que no puedan ser vinculados a una organización o grupo terrorista concreto, o simplemente cuando la ideología o finalidad

tarea de tipificación de infracciones penales, sino que es una norma de alcance y significación principalmente procesal, y se limita a regular las posibilidades de acción investigadora, dotándolas de una mayor extensión y disminuyendo correlativamente la de ciertos derechos fundamentales. La acción investigadora a la que se refiere el precepto constitucional supone unas acciones delictivas, cuya prevención o castigo constituyen precisamente el objeto de la investigación. Tales acciones delictivas no las tipifica el citado precepto constitucional, sino que se remite a los tipos penales legislados, ya que este tipo de delitos a los que aquel se refiere se manifiestan a través de múltiples fórmulas delictivas irreductibles a una única y definitiva previsión, por lo que no cabe una definición unitaria y única del delito de terrorismo, sino una serie de delitos que tengan como denominador común una unidad de fines, que justifique una unidad a efectos de investigación. Las posibilidades de la acción investigadora en relación con los hechos terroristas y la actuación en bandas armadas coloca a los individuos a quienes la investigación afecte en una situación diferente del resto de los ciudadanos, pero ello no es contrario al principio de igualdad, pues el juicio de razonabilidad ya está implícito en el propio art. 55.2, dada la finalidad de defensa de la sociedad a que éste obedece, arrancando la diferencia de situaciones de la propia Constitución”.

de tal organización o grupo aparezca como oscura o indefinida (o incluso como mera fantasía), no pudiéndose determinarse con precisión que lo que pretenda sea algo tan concreto “subvertir el orden constitucional”.

Así, resulta que la finalidad terrorista de alterar gravemente la paz pública (mediante la comisión de delitos violentos), facilita que puedan calificarse como terrorismo los crímenes violentos de personas o grupos a los que, a diferencia de ETA –que considera que el orden constitucional español es un impedimento para sus fines separatistas–, no les importa en absoluto este orden, como pueden ser los terroristas yihadistas, para los que la Constitución española no representa nada en absoluto. Y en este sentido, la modificación del Código Penal en materia de terrorismo por Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, ha venido a avanzar en esta línea, al incluir nada menos que la finalidad terrorista de “Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella” (art. 573.1.4ª), lo cual ahonda en la línea de atender al resultado inmediato de la acción y no al ideal último íntimamente deseado por el terrorista o sus apoyos, que pudiera ser algo tan difícil de concretar, atendiendo a un crimen determinado, como pudiera ser el sometimiento o la destrucción de la cultura occidental³⁷⁶. Y es que una acción yihadista puede pretender una finalidad política tan descabellada o irrealizable que en un proceso judicial puede llegar a resultar extremadamente difícil cuando no imposible probar que el acusado actuaba movido por tal ánimo subjetivo, máxime si no es posible vincular la actuación del individuo a una organización criminal estructurada y definida. Atender al resultado inmediato producido en el mundo exterior en lugar de al fin último perseguido en la mente del autor, como hace el Código tras la reforma de 2015, así como la no necesidad de ligar la comisión del delito a una organización o grupo más o menos organizados, facilita sin duda el enjuiciamiento de la conducta.

376 Como afirma RODRÍGUEZ URIBES, “la *yihad*, en última instancia, no pretende sustituir un gobierno ilegítimo concreto por uno teocrático, ni terminar con una más o menos injustificada ocupación, sino el dominio del mundo y la desaparición, en particular, de la civilización occidental”. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: Las víctimas del terrorismo en España, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 62.

- *Subvertir orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*

La subversión del orden constitucional es un fin claramente político, mediante el cual se reconoce que el terrorismo pertenece a esta categoría de delitos, sin perjuicio de que –como observa LAMARCA PÉREZ–, tanto en el art. 13.3 de la Constitución como en la mayoría de los Tratados no se reconozca este carácter a efectos de extradición³⁷⁷. En nuestra opinión, sin embargo, que la finalidad política constituya un elemento subjetivo del tipo, no convierte al delito en un delito político, al menos no en el sentido que tradicionalmente se ha atribuido a este término. Como se ha expuesto en un capítulo anterior, en España no existen en la actualidad delitos que puedan considerarse delitos políticos, sólo delitos comunes.

El concepto de *subversión* no es definido por el Código Penal. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, que modificó el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se afirmaba que las expresiones empleadas para designar el elemento subjetivo en los delitos de terrorismo “*describen muy precisamente, tanto en el Código Penal de 1995 (...), como en la literatura científica y la jurisprudencia española, el ánimo tendencial propio y característico de la delincuencia terrorista, ya que «subversión del orden constitucional» significa (gramaticalmente, pero también por interpretaciones históricas, contextuales e incluso de Derecho comparado) la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones, en tanto que «alterar gravemente la paz pública» supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público sancionada penalmente, de tal manera que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática*”³⁷⁸. Consultando el Diccionario de la Real Academia Española, comprobamos que *subvertir* era, en la 22ª edición, de 2001, “trastornar, revolver, destruir, especialmente en lo moral”³⁷⁹. En la 23ª edición, de 2014,

377 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 841; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 19ª edición, 2013, pág. 843.

378 «BOE» núm. 143, de 16 de junio de 1998, páginas 19789 a 19791. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-14062

379 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), edición 23ª,

curiosamente se prescinde de lo moral y en cambio se alude al orden, de modo que *subvertir* es “Trastornar o alterar algo, especialmente el orden establecido”³⁸⁰.

Una definición -a nuestro juicio bien enfocada- del concepto jurídico de subversión del orden constitucional es la que ofrece HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, coherente con el actual régimen de poder español y que por tanto define con precisión el bien jurídico que la norma trata de proteger. Para este autor, subvertir el orden constitucional significa “trastornar, perturbar o destruir la normal y efectiva aplicación y funcionamiento de la Constitución, del aparato de poder que en la misma se establece, y muy concreta y específicamente, la normal y regular actuación de la Jefatura del Estado y de los Gobiernos y Cámaras Legislativas (estatales y autonómicas); la libre celebración de elecciones y la integridad, nacional, el poder legalmente constituido conforme a la Constitución, impidiendo su efectiva aplicación y, en esencia, el sistema político que diseña y la ordenación y relaciones entre los poderes del Estado, concretamente la actuación del Rey y de los órganos que personifican las funciones de gobernar y legislar en nombre del pueblo español”³⁸¹.

Como se ha apuntado, tal concepto de “subversión del orden constitucional”, si se entiende el mismo como fruto del tan manido “consenso” de 1978, no excluye la posibilidad de que el orden constitucional pretenda ser subvertido por terroristas de “extrema derecha”. En este sentido, LAMARCA PÉREZ, advierte que “la palabra subversión no quiere decir que sólo podrá ser considerada terrorista la finalidad de sustituir el sistema político y, mucho menos, que sólo acoja a los grupos de izquierda revolucionaria. Normalmente, el programa político de estos grupos será efectivamente transformador, revolucionario, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide conceptuar como terrorista a un grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario que hace de la

publicada en 2001.

380 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.ª edición, publicada en octubre de 2014.

381 HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ROBERTO: «De los delitos de terrorismo», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Tomo III, Madrid, 1997, pág. 4885.

violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario”³⁸².

En cualquier caso, con independencia del signo político de los revolucionarios o reaccionarios que empleasen el terror como instrumento político, hay que reconocer que el término “subversión” que emplea el Código Penal es, en cierto modo, despectivo. Como explica DE LA TORRE MARTÍNEZ, tal expresión suele ser empleada por aquellos que se oponen a tal acción, conllevando una carga emotiva peyorativa. En apoyo de este criterio puede añadirse que quienes propugnan cambios socio-políticos por medio de la violencia no se autodenominan “subversivos”, sino que prefieren el apelativo de “revolucionarios”. Por otra parte, el término “revolución” designa procesos que han triunfado o, al menos, que han alcanzado una relevancia o notoriedad determinada en cuanto a sus logros, ya que, de otro modo, serían otros los vocablos utilizados como “rebelión”, “sedición” o el propio “subversión”³⁸³. Cabe aquí reiterar, como ha se expuso, que también a su vez el propio término “terrorismo” conlleva una carga peyorativa. Como explica PAREDES CASTAÑÓN, el término empezó siendo (en la época de la Revolución Francesa) sinónimo de nuestro actual concepto de “terrorismo de Estado”, convirtiéndose después en algo que se refiere ya prácticamente sólo a grupos no estatales, lo que refleja una determinada visión ideológica de qué violencia es legítima y cuál no, qué fines políticos pueden ser perseguidos y cuáles están siempre prohibidos³⁸⁴. No obstante, no está de más recordar aquí que el Código Penal español no castiga mediante los tipos penales de terrorismo las meras intenciones políticas, ni siquiera cuando sin mediar violencia se pretende subvertir el orden constitucional, pues

382 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 841.

383 DE LA TORRE MARTÍNEZ, JOSÉ: «La guerra subversiva o revolucionaria», en *Guerra, Moral y Derecho*, varios autores, Editorial Actas, Madrid, 1994, págs. 137 y ss. (139).

384 PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: «El “terrorista” ante el Derecho penal», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 137-226 (142 y 143).

De este modo, como recopila RODRÍGUEZ URIBES, recibieron ese calificativo estigmatizador, naturalmente desde las posiciones que los combatían, el Terror jacobino, el «método revolucionario o violento» durante la Revolución Francesa o la Resistencia contra el nazismo. También «los de los montes» o maquis fueron terroristas para Franco, o Los «Tupamaros» en el Uruguay, o la oposición en Chile para Pinochet; o para la Argentina de Videla «Los Montoneros», o incluso Trotski lo fue según Stalin. Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 67.

para que tal subversión sea punible como terrorismo, ha de llevarse a cabo mediante la perpetración de crímenes graves de los tipificados a la vez en el Código.

La configuración de esta finalidad de “subvertir el orden constitucional” como un elemento teleológico que determina que un crimen pase a calificarse de terrorista tiene su razón de ser, fundamentalmente, en la tradicional influencia de la actividad de la banda terrorista ETA en la legislación antiterrorista española. Baste recordar que conforme al art. 2 de la Constitución, ésta “se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles” (sin perjuicio de que seguidamente y de modo contradictorio se aluda a las nacionalidades y regiones que la integran)³⁸⁵, siendo la finalidad de ETA la separación de una parte del territorio

385 Como se explica en la «Sinopsis del art. 2 de la Constitución» de la página web oficial del Congreso de los Diputados realizada por DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, MANUEL en junio de 2005:

Durante el debate constituyente, las críticas a este precepto, auténtico núcleo de toda la distribución territorial del poder político, fueron múltiples. No es posible recoger todas ellas. Seguiremos la clasificación de RAFAEL ENTRENA CUESTA (en Comentarios a la Constitución, pág. 43-44 de la 2ª ed.), en tres grupos:

-La de oposición frontal al término "nacionalidades" por considerarlo ambiguo, discriminatorio y peligroso (Senador JULIÁN MARÍAS), confuso (Diputado FRAGA IRIBARNE), peligroso (Senador FERNÁNDEZ-MIRANDA), innecesario (Senadores LORENZO MARTÍN-RETORTILLO y CELA) e incluso insuficiente (Diputado GASTÓN SANZ). Fue la posición de Alianza Popular y de algunos Senadores independientes.

-En el otro extremo cabe situar la posición contraria, muy minoritaria es cierto, de los nacionalistas más extremos, partidarios de eliminar los rasgos unitarios, suprimiendo el vocablo Nación (y, por ende, sus calificativos anejos), por entender que España no es una Nación sino un Estado formado por un conjunto de naciones (Diputados BARRERA y LETAMENDÍA, y Senadores BANDRÉS y XIRINACS).

-En medio, una variedad de posiciones: unas más ambiguas respecto a los rasgos nacionales unitarios (la enmienda 591 del PNV se limitaba a declarar que "la Constitución se fundamenta en la unión, la solidaridad y el derecho a la autonomía de las nacionalidades que integran España"); otras más sencillas, aun reconociendo la unidad nacional (así la Minoría Catalana, que en su enmienda 104 proponía que "La Constitución se fundamenta en la unidad de España, la solidaridad entre sus pueblos y el derecho a la autonomía de las nacionalidades que la integran"); y otras muchas con modificaciones de la redacción aceptando el fondo.

El otro punto que subrayaremos es el de las interpretaciones dadas al término más polémico del debate, el de "nacionalidades". Recogemos algunas de las más llamativas:

-“Hechos diferenciales con conciencia de su propia, infungible e irreductible personalidad” (HERRERO Y R. DE MIÑÓN).

-“Expresión de identidades históricas y culturales, que han de ser reconocidas y respetadas incluso en la propia dimensión política que les corresponde, en la fecunda y superior unidad de España” (LAVILLA ALSINA).

-“Comunidades de acusada personalidad cultural o histórico política que aspiran al reconocimiento constitucional de sus singularidades constitutivas” (ARIAS-SALGADO).

español. Como observa CANCIO MELIÁ, el terrorismo afecta, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión, aunque no en el sentido de lo que suponga un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales, sino ante todo, en un determinado plano simbólico, en el que el Estado tiene que hacer valer también su legitimidad. En el caso de España, “ETA no sólo mata, hiere y secuestra, sino que pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España”³⁸⁶.

Sin embargo, la irrupción en España del terrorismo internacional de corte yihadista -que según ALONSO PASCUAL tiene a España como uno de sus blancos preferentes³⁸⁷- especialmente tras el 11 de marzo de 2004, aunque ya existían antecedentes³⁸⁸, había puesto ya de manifiesto la insuficiencia de la idea de “subvertir el orden constitucional” como finalidad perseguida por este tipo de estos atentados. La

-“Nación sin Estado, con personalidad cultural, histórica y política propia....dentro de la realidad plurinacional de España,....como Nación de Naciones” (ROCA JUNYENT).

-“La existencia de diversas naciones o nacionalidades no excluye, sino todo lo contrario, hace mucho más real y más posible la existencia de esa Nación que para nosotros es fundamental, que es el conjunto y la absorción de todas las demás y que se llama España” (PECES-BARBA).

-“Un estado de conciencia colectivo que se fundamenta no sólo en la historia, en el pasado común, en la lengua, en la cultura o en la realidad económica sino también en una forma determinada de concebir su propia realidad frente a las otras” (SOLÉ TURA).

-“Niveles que corresponden a comunidades que tienen unas ciertas peculiaridades de tipo cultural, lingüístico, histórico, etc. que no son exactamente lo que se puede entender por una región” (GONZÁLEZ SEARA).

Cfr. Página web del Congreso de los Diputados:
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=2&tipo=2>

386 CANCIO MELIÁ, MANUEL: «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 57-102 (94-97).

387 En este sentido, afirma que la adscripción a una ideología que entremezcla componentes políticos y religiosos permite la identificación de España como blanco preferente del terrorismo yihadista por parte de una organización terrorista como Al Qaeda y entidades afiliadas, así como por parte de otras células autoconstituidas en distintos ámbitos geográficos pero inspiradas en el referido grupo. Cfr. ALONSO PASCUAL, ROGELIO: «El terrorismo», en *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 21-34 (27).

388 Se considera que el primer atentado yihadista en España tuvo lugar en 1985, que mató a 18 personas e hirió a un centenar en el restaurante «El Descanso» de Madrid, cerca de la base militar de Torrejón de Ardoz y por tanto frecuentado por militares norteamericanos. Puede verse la noticia, como fue retransmitida por Radio Televisión Española en: <http://www.rtve.es/alacarta/videos/fue-noticia-en-el-archivo-de-rtve/atentado-restaurante-descanso/719690/> También en Diario “ABC” (actualizado el 11-05-10) Viana I. (artículo en prensa), «1985: El primer gran atentado islámico en España»: <http://www.abc.es/20100413/historia-atentado-torreon-1985-islamismo-201004121803.html>

doctrina judicial tuvo que referirse entonces a concepciones más amplias de ese *orden*, tal y como permite lo abierto del término, afirmando que la expresión no se refería ya meramente al orden constitucional en sentido estricto, sino a otro “orden”, concebido en términos más amplios, que hacía incluso referencia a la cultura occidental, como si toda ella pudiera identificarse con nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 65/2007 de 31 octubre correspondiente al Sumario núm. 20/04 del Juzgado Central de Instrucción número 6, por los atentados cometidos en Madrid el 11 de marzo de 2004, se refiere a *“células o grupos terroristas de tipo yihadista que, por lo que ahora interesa, mediante el uso de la violencia en todas sus manifestaciones, pretenden derrocar los regímenes democráticos y eliminar la cultura de tradición cristiano-occidental sustituyéndolos por un Estado islámico bajo el imperio de la sharia o Ley islámica en su interpretación más radical, extrema y minoritaria”*³⁸⁹.

Más concretamente, la Audiencia Nacional ha reconocido que la finalidad de Al Qaeda no es pervertir el orden democrático-constitucional de España, sino una finalidad *“mucho más ambiciosa que la que se requiere jurisprudencialmente”* pues pretende *“...desestabilizar el orden mundial, practicando un terrorismo mucho más atroz del que estamos tristemente acostumbrados en nuestro país, en aras a conseguir imponer a todos una religión y una forma de vida, con desprecio absoluto a los más elementales principios humanos”*³⁹⁰.

389 Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) núm. 65/2007 de 31 de octubre (JUR 2007, 328722).

En opinión de CAPITA REMEZAL, “el legislador debería de haber optado por un término más preciso, con un significado concreto, con buena técnica legislativa y conforme al principio de taxatividad de las normas penales, ya que según están configurados los tipos penales de terrorismo pueden abarcar modalidades de conducta con diferentes fines, con aquellas que causan alarma o temor en la población sin perseguir propósito político alguno. El terrorismo es un fenómeno que entraña un propósito específico de atentar contra el sistema democrático en unos casos o incluso en otros contra todo el sistema político-cultural de occidente, por lo que el terrorismo no es sólo la realización de actos delictivos con el objetivo de alterar gravemente la paz pública”. CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389 (362).

390 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 36/2005 de 26 septiembre (JUR 2005, 219248). Doctrina reiterada en, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 31 marzo de 2006 (JUR 2006, 139282).

De forma incluso más genérica, el Tribunal Supremo ha señalado al resolver los recursos de casación contra la anterior Sentencia sobre los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid³⁹¹ que *“el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo”*. Aunque en otro pasaje de la misma sentencia se englobe en un todo la noción de alteración de la paz pública y no ya la subversión sino directamente la “destrucción” del orden constitucional, al hablar del propósito de utilización de explosivos en *“un atentado contra personas por razones derivadas de sus creencias fundamentalistas, y como acciones orientadas a la alteración grave de la paz pública y a la destrucción del orden constitucional”*.

Tiene razón JARIA I MANZANO cuando dice que el patrón tradicional del terrorismo, como lucha armada contra una determinada estructura estatal, ha cambiado en los últimos años. Ya no se trata de la acción violenta contra un estado en concreto, para conseguir fines políticos relacionados con las instituciones y las políticas de ese estado. Ahora nos encontramos con ante redes internacionales que despliegan una acción armada dirigida hacia la estructura global del poder. Por eso, puede decirse, con QUINTERO OLIVARES, que para estas nuevas organizaciones terroristas, el Estado constitucional ya no es el objetivo, como mucho, parte de él³⁹². En cualquier caso, como

391 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Caso 11-M. Sentencia núm. 503/2008 de 17 de julio (RJ 2008, 5159).

392 Cfr. JARIA I MANZANO, JORDI: «El terrorismo como síntoma: constitucionalismo, legitimidad del poder y globalización», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 61 – 84

se ha expuesto, la necesidad de estirar el concepto del orden constitucional recogido en el tipo penal para aplicarlo a los atentados yihadistas obligaba a los más altos tribunales españoles a unos razonamientos en cierto modo absurdos, pues por más que haya sido necesario acudir a tales interpretaciones para que no pudiera considerarse vulnerado el principio de legalidad, es evidente que no toda la cultura occidental puede identificarse con el orden constitucional, salvo que se tal término se identifique imprecisamente con el orden político establecido.

La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, pese a ser la primera sobre esta materia que se llevó a cabo tras los ataques a Madrid el 11 de marzo de 2004, mantuvo las finalidades de subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública como únicas posibles finalidades terroristas. Fue con la reforma del Código Penal de 2015, tras los atentados de París, cuando el Partido Popular y el Partido Socialista suscribieron en el Palacio de la Moncloa el cuarto³⁹³ pacto antiterrorista entre ambos partidos, con la particularidad de que, por primera vez, el objetivo no era luchar contra el terrorismo de ETA sino contra el yihadista. Con fecha 4 de febrero de 2015, se presentó en el Congreso una Proposición de Ley Orgánica³⁹⁴ que rápidamente se materializó en la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo³⁹⁵.

Mediante dicha Ley Orgánica 2/2015, se ha añadido a la anterior finalidad terrorista se “subvertir el orden constitucional”, mediante la conjunción disyuntiva “o”, la finalidad de “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

393 Los tres anteriores fueron el Pacto de Madrid de 1987, el Pacto de Ajuria Enea del 1988 y el Pacto por las Libertades y contra el Terrorismo de 2000.

394 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B: Proposiciones de ley, 4 de febrero de 2015, Núm. 211-1. Proposición 122/000189 presentada por: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Grupo Parlamentario Socialista Sr. Salvador Armendáriz, Sra. Oramas González-Moro y Sr. Álvarez Sostres (GMx). http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-211-1.PDF

395 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

Dada la posición de preeminencia de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico así como la tradicional protección que los tipos penales de terrorismo tratan de brindarle, cabe entender que las nuevas finalidades introducidas son concreciones de esa falta de respeto al “orden constitucional”, manifestadas en todo caso mediante la perpetración de “cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías” (art. 573.1 tras la mencionada reforma). Incluso la finalidad de “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”, introducida en el Código por la misma Ley Orgánica 2/2015 podría considerarse una modalidad más amplia de orden constitucional, cuando España se encuentre incorporada a tal organización, como es el caso de la Unión Europea.

Sin embargo, es necesario advertir que tales conceptos son tan amplios e imprecisos que, al menos teóricamente, permiten aplicar la legislación antiterrorista a hechos muy alejados de la idea tradicional e intuitiva que se tiene de este fenómeno, bien autóctono bien internacional. En cualquier caso, se trata de una redacción desafortunada, al no especificarse qué hay que entender por “estructuras económicas o sociales del Estado”, lo cual es claramente contrario al principio de taxatividad de las normas penales, y, pese a estar inspirada en la Decisión Marco de 2002³⁹⁶, resulta enigmática y por lo tanto impropia de una norma penal.

Por un lado, cabe mencionar que el término “estructura económica” fue acuñado por MARX en su *Contribución a la crítica de la economía política*, publicada en 1859, donde la definía como “la totalidad de las relaciones de producción”, constituyendo la base o infraestructura, en oposición al concepto de “superestructura” político-

396 Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en el «DOUE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7. Referencia: DOUE-L-2002-81127. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex:32002F0475>

Modificada por Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en: «DOUE» núm. 330, de 9 de diciembre de 2008, páginas 21 a 23. Ref.: DOUE-L-2008-82452. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32008F0919>

ideológica³⁹⁷. Pero referida a la tipificación del terrorismo, tal referencia a las estructuras económicas (que no instituciones) del Estado, es una expresión oscura y no se sabe lo que quiere decir.

Por otro lado, la expresión “estructuras sociales del Estado” es sencillamente una expresión contradictoria, pues el término puede tener una gran pluralidad de significados (¿la familia? ¿las relaciones de vecindad o de amistad?) pero, en todo caso, tales estructuras sociales no se encontrarán en el seno del Estado sino en el de la sociedad civil (cabe apuntar que la Decisión Marco de 2002 en la que se inspira nuestra norma no se refiere a “un Estado” sino a “un país”)³⁹⁸. Y es que la expresión “estructuras sociales del Estado” es sencillamente un oxímoron. Como afirma GARCÍA-TREVIJANO, “la naturaleza del Estado, monopolizador de la violencia legal, hace difícil que su relación con la Sociedad pueda ser inteligente. Pues ésta se desarrolla de modo espontáneo, mediante relaciones de cooperación basadas en el principio del interés mutuo, mientras que aquél lo hace de modo imperativo, en virtud de relaciones derivadas del principio de autoridad. El choque de estos dos espíritus opuestos, el civil y el público, determina el nacimiento de la política en tanto que resistencia de aquél a éste”³⁹⁹. Dadas las circunstancias en que ha sido aprobada esta modificación, con la finalidad de luchar contra el terrorismo de corte yihadista, habrá que entender que con el término “estructuras sociales” (que en cualquier caso, si son sociales no serán estatales) se hace referencia a un concepto difuso que en definitiva alude a la cultura occidental pero que, precisamente por esa indeterminación, no resulta adecuada para un Código Penal. Otra posible interpretación del término “estructuras económicas o sociales del Estado” pudiera ser entender que por Estado se está refiriendo la ley no ya a la

397 MARX, KARL: *Contribución a la crítica de la economía política* (1859), Edición de Jorge Tula, Biblioteca del Pensamiento Socialista, Siglo XXI editores, 1980, págs. 4-5.

398 La misma se refiere en su art. 1 a “las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”. Cfr. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en el «DOUE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7. Referencia: DOUE-L-2002-81127. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex:32002F0475>

Modificada por Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en: «DOUE» núm. 330, de 9 de diciembre de 2008, páginas 21 a 23. Ref.: DOUE-L-2008-82452. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32008F0919>

399 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: *Mediación institucional*, artículo publicado en el Blog “La República Constitucional” el 7 de octubre de 2012. <http://antoniogarciatrevijano.com/2007/10/12/mediacion-institucional/>

organización política personificadora de la nación, sino al conjunto de España (no a determinadas Comunidades Autónomas), lo que sería más acorde con la antes citada Decisión Marco de 2002, que se refiere a “un país”. Pero en ese caso, no se entiende la razón de no emplear la palabra “España”. En cualquiera caso, en la medida en que las Comunidades Autónomas forman parte del Estado (así como de España), al igual que las entidades locales, el hecho de que pudiera considerarse que un determinado atentado terrorista ha afectado únicamente a una parte del Estado y no a su conjunto (interpretación ésta contraria a la unidad de España pero no descartable, al menos en términos dialécticos de defensa), no habría inconveniente para aplicar el tipo penal.

Finalmente, cabe señalar “obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo” es otra finalidad política que se señalaba también en la Decisión Marco de 2002⁴⁰⁰ y que viene a configurar como terrorismo las coacciones⁴⁰¹ a los poderes públicos, expresión ésta con la que, por lo antes expuesto, habría bastado a nuestro juicio si lo que se pretendía era concretar las manifestaciones de lo que debe entenderse por “orden constitucional”.

- Alterar gravemente la paz pública

Alterar gravemente la paz pública es también un concepto jurídico indeterminado que tampoco es definido en nuestra legislación penal. Fue reintroducida en el vigente Código de 1995 tras su supresión por la reforma de 1978, y ha sido mantenida tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

En SAN AGUSTÍN, la paz era la tranquilidad del orden (*tranquillitas ordinis*) y en SANTO TOMÁS, la consecuencia de la justicia (*opus justitiae*). Descendiendo a su mención como “paz pública” en relación con la tipificación de los delitos de terrorismo en España, BUENO ARÚS la ha definido como “la paz en los lugares de uso común y en la calle”⁴⁰², y para ASÚA BATARRITA, la paz pública se identificaría con “las

400 Que señala como fin terrorista, también en su art. 1, “obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

401 El art. 172.1 del Código Penal, relativo al tipo básico de coacciones, castiga a “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe”.

402 BUENO ARÚS, FRANCISCO: «Principios generales de la legislación antiterrorista», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ISSN 0210-1076, N°. Extra 11, 1986 (Ejemplar dedicado a: *Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*), págs. 135-146.

condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, y la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temer por la propia vida”⁴⁰³.

Con la reaparición de esta finalidad subjetiva propia de los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, después de que hubiera sido suprimida en la reforma de 1978, parte de la doctrina pensó que “atentar contra la paz pública” habría “recuperado” su antiguo “matiz subversivo”, mas ello vaciaría de contenido la jurisprudencia previamente consolidada en materia de desórdenes públicos que, precisamente, excluye cualquier connotación “subversiva” a tal finalidad. Por tanto, para algunos, alterar la paz pública vendría a constituir un “fin más modesto” que el de subvertir el orden constitucional, pero en cualquier caso conectado con él. Y de este modo, parecería que en los delitos de terrorismo ambos requisitos serían en realidad uno solo, como señala TORRES FERNÁNDEZ⁴⁰⁴. Pero la cuestión no ha sido pacífica, de modo que otros autores, como SANDOVAL, se han inclinado por considerar que la finalidad de atentar contra la paz pública lleva a que el terrorismo deje de ser concebido como un delito de finalidad política, aunque sin embargo se cuestionasen que la expresión tenga el mismo significado cuando se refiere a desórdenes públicos y al terrorismo⁴⁰⁵.

De este modo, el concepto de paz pública, referido a los tipos penales de terrorismo, parece referirse en definitiva, como señala CAPITA REMEZAL, al concepto de *seguridad ciudadana*, que engarza a su vez con el orden público⁴⁰⁶. Desde luego, la paz es un valor que nadie pone en duda, y resulta evidente que sin orden público no puede haber paz, que en todo caso habrá de ser pública, pues carece de sentido, en Derecho, hablar de una paz individual. El concepto de “orden público” se remonta al art. 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el

403 ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

404 Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, M^a ELENA: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 244.

405 SANDOVAL, JUAN CARLOS: *El delito de rebelión, bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 209.

406 En este sentido, también CAPITA REMEZAL, MARIO: *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008, pág. 52.

cual “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”⁴⁰⁷.

Conforme a la 23ª edición del Diccionario de la Real Academia, el “orden público” es en primer lugar, la “situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades”. Pero también es el “conjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos” y el “conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera”⁴⁰⁸. Según la anterior edición del Diccionario, el orden público era aquella “situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta”⁴⁰⁹.

Conviene hacer mención al desarrollo de la cuestión relativa al “orden público” en nuestro Derecho histórico. La Ley de la II República de 28 de julio de 1933⁴¹⁰, sin definir este concepto, afirmaba en su art. 1º, de forma similar a como lo hace el vigente art. 9 de la Constitución de 1978, que “el normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público. La autoridad a quien compete mantenerlo tendrá por fin de sus actos asegurar las condiciones necesarias para que ninguna acción externa perturbe la función de aquellas instituciones y para que tales derechos se ejerciten normalmente en la forma y con los límites que prevengan las leyes”. A continuación, se señalaban en el art. 2º los actos que afectaban al orden público, entre los que se encontraban “los que se cometan o se intenten cometer con armas o explosivos”, “las manifestaciones y las reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes o violencias, y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias”, “todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la

407 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

408 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.ª edición, publicada en octubre de 2014.

409 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 22.ª edición, 2001.

410 Gaceta de Madrid nº 211, de 30 de julio de 1933, páginas 682 a 690. <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/211/A00682-00690.pdf>

subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella”. La Ley de 17 de octubre de 1934⁴¹¹ estableció penas, entre otros, para “el que con propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social, utilizara sustancias explosivas o inflamables o empleare cualquier otro medio o artificio proporcionado y suficiente para producir graves daños, originar accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción terrestre o aérea”.

En la Ley franquista 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público⁴¹², sin definir tampoco expresamente este concepto, se diría en el art. 1 que “El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público”. Señalando igualmente en el art. 2, como actos contrarios al orden público, “los que originen tumultos en la vía pública y cualesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza o fuerza o se cometan o intenten cometer con armas o explosivos”. El apartado i) de este artículo segundo, se referiría además expresamente a la paz pública, calificando de acto contrario al orden público “Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social”. Se desprende de ello que el concepto de orden público es más amplio que el de paz pública, que no obstante es presupuesto de tal orden. No obstante, tras la Constitución de 1978, el legislador parece querer evitar el concepto jurídico indeterminado de “orden público”, prefiriendo emplear el de “seguridad ciudadana” para referirse al orden de las calles y espacios públicos. Así, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁴¹³, que venía a derogar la Ley de Orden Público de 1959, prescindía del uso de tal concepto, y lo mismo la Ley

411 Gaceta de Madrid nº 290, de 17 de octubre de 1934, página 379. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1934/290/A00379-00379.pdf>

412 «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1959, páginas 10365 a 10370. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1959-10346>

413 «BOE» núm. 46, de 22 de febrero de 1992, páginas 6209 a 6214. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-4252>

Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁴¹⁴, que vino a sustituir a la de 1992.

Asimismo, tras la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional se ha esforzado en explicar, sin no obstante deslindar claramente ambos conceptos, que la «paz pública» y el «orden público» no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho⁴¹⁵, recordando que, como ya se estableció en una sentencia anterior (referida a la ejecución en España de sentencias extranjeras)⁴¹⁶, el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. En dicha Sentencia, la noción de orden público se concreta en los “derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros”, afirmando que con la entrada en vigor de la Constitución, *“El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución”*.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha señalado en alguna ocasión diferencias entre «paz pública» y «orden público», señalando que *“no son expresiones absolutamente coincidentes. La paz es en definitiva un estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social”*⁴¹⁷. En otra Sentencia más reciente, con cita de varias anteriores, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido a señalar que *“Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia –STS 1321/1999 (RJ 1999, 8083) –, y por tanto permiten el*

414 «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27216 a 27243. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442

415 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 59/1990 de 29 de marzo (RTC 1990, 59).

416 La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 43/1986 de 15 de abril (RTC 1986, 43).

417 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia de 16 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7280). Recurso núm. 1128/1987. Ponente: Excmo. Sr. Enrique Ruiz Vadillo.

ejercicio de los derechos fundamentales de las personas – STS 1622/2001 (RJ 2001, 8506) –. En idéntico sentido la doctrina científica lo define como «...la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana...»⁴¹⁸. En la primera de las sentencias citadas, la distinción jurisprudencial aludida evita criminalizar determinadas protestas sociales de unos trabajadores que cortaron la vía pública⁴¹⁹, mientras que en el segundo caso se condena tenencia de sustancias explosivo/incendiarias, atentado y desórdenes públicos del art. 557 CP a quienes atacaron unos cócteles molotov a unos agentes de la Policía Foral de Navarra la noche anterior a unas elecciones generales sin que, sin embargo, los hechos fuesen calificados como terrorismo individual del art. 577 CP⁴²⁰.

De este modo, a la luz de esta doctrina jurisprudencial, teóricamente, podría alterarse el orden público, incluso mediante la comisión de alguno de los delitos que se citan en el art. 573 del Código Penal, pero tal actividad no llegará a ser terrorista si sólo alteró el orden público pero no llegó a “alterar gravemente la paz pública”.

En cualquier caso, la distinción entre el mero orden público y la paz pública se basa en matices tan sutiles, como concluye SANDOVAL, tras un minucioso estudio doctrinal y jurisprudencial, es sumamente complicado concretar, fuera del plano semántico, distinciones conceptuales entre ambos conceptos⁴²¹.

Y sin embargo, tal diferenciación resulta decisiva para calificar determinadas acciones criminales sean constitutivas o bien de un delito de terrorismo del art. 573 o de un delito de desórdenes públicos del art. 557. A lo que habrá que atender es, en definitiva, a que la intensidad de la violencia empleada contra las personas o cosas,

418 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 987/2009 de 13 de octubre (RJ 2009, 5598).

419 La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7280). Recurso núm. 1128/1987. Ponente: Excmo. Sr. Enrique Ruiz Vellido, realiza, con la finalidad señalada, una interpretación desde una perspectiva constitucional (en concreto a la luz del derecho de reunión reconocido en el art. 21 CE) del art. 276 del anterior Código Penal de 1973, que establecía que “Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atender contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código”.

420 Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 987/2009 de 13 de octubre (RJ 2009, 5598).

421 SANDOVAL, JUAN CARLOS: *El delito de rebelión, bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 219.

junto con el resultado producido (de terror o no en la población o al menos parte de ella), lo que permitirá calificar al delito como grave, en cuyo caso será de aplicación el art. 573 (terrorismo) o por el contrario como un delito menos grave o leve, en cuyo caso se aplicaría el art. 557 (desórdenes públicos)⁴²².

Para tratar de clarificar la cuestión, hay que partir de que la expresión “orden público” generalmente utilizada tanto en las leyes como en la jurisprudencia y la doctrina no es sino una degeneración de su acepción original, que se refería sencillamente al orden callejero, y que es el sentido en que debe entenderse el término “paz pública” empleado por el Código Penal en sede de delitos de terrorismo. GARCÍA-TREVIJANO explica la deformación que sufrió el concepto de “orden público” por influencia de Napoleón: “El orden público aparece, como concepto, en su última etapa, unos meses antes de que Napoleón llegase a ser cónsul. Al principio se llamaba opinión pública y, durante su desarrollo, pasó a llamarse espíritu público, un concepto etéreo de orden espiritual que fue un fracaso. El Ministerio de Interior y los Jefes de Policía les daban instrucciones a los prefectos de Policía de toda Francia y les realizaban preguntas sobre si existía un espíritu público. Las respuestas de los policías son formidables: decían que si, por espíritu público se refieren a algo intangible, que no habían visto nada. Pero si por espíritu público se entiende que no hay atracos, que se puede circular por las carreteras y que se puede salir de noche por las calles pues sí. A eso le llamaron orden público. Napoleón toma esto como principio de ordenación de la sociedad. Y no sólo de lo que se llama orden callejero, sino que dentro incluso del Código Civil introduce la noción de orden público para las instituciones civiles y las llama «instituciones de orden público». Esto supuso una degeneración que todavía no ha sido regenerada”⁴²³. Asimismo, en la *Teoría pura de la República*, GARCÍA-

422 El art. 557 CP, modificado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Establece que:

“1. Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo.

2. Con las mismas penas se castigará a quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo”.

423 GARCÍA-TREVIJANO FORTES, ANTONIO: Intervención en el programa de radio *Libertad Constituyente* el día 22 de febrero de 2012. <http://www.diariorc.com/primer-epoca/?p=7987>

TREVIJANO cuenta, refiriéndose a Napoleón, que “el Código civil, que la Revolución de los abogados y propietarios intentó y no logró instituir, él lo hizo cuando imaginó que el orden privado sería inestable si no se conformaba como el orden público de los reglamentos militares. Un descubrimiento trascendental que le permitió construir, por primera vez en Europa, el Estado administrativo, o sea el Estado moderno, con el método conservador de un buen padre de familia mediterránea, riguroso con sus hijos, pero ordenador de sus licencias de libertad con el principio republicano de la igualdad ante la ley paterna. Esa obsesión por el orden básico y elemental, le hizo participar personalmente en la redacción de muchos preceptos del título sobre la familia en el Código Civil. Nada presagiaba, en cambio, que el mediocre general Bonaparte llegara a ser, llamándose Napoleón, uno de los más grandes militares de la historia universal. Sin éste genial perturbador del orden internacional, como principio de acción unitaria de orden nacional, los Estados europeos del continente no serían lo que hoy son”⁴²⁴.

Resulta así que la paz pública, si atendemos a la interpretación sistemática de la Ley franquista 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público -antecedente histórico imprescindible para la comprensión del significado del concepto en España-, es presupuesto del orden público, pero sólo en su acepción de “orden callejero”, equivalente a “seguridad ciudadana”⁴²⁵. Pero como se ha dicho, el concepto de orden público tiene no obstante también la acepción impuesta por Napoleón, de principio ordenador de todo el Derecho, tratando de traer al ordenamiento jurídico el mencionado orden que quería en las calles, imponiendo un límite autoritario a la eficacia jurídica de la autonomía de la voluntad de las personas y que por lo tanto excede del mero concepto de orden en los espacios públicos. Cabe asimismo mencionar que el orden público es aún en nuestros textos de Derecho positivo un elemento limitador de la autonomía de la voluntad que con carácter general se reconoce a las partes en el Derecho Civil, citado así expresamente en numerosos preceptos tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴²⁶.

424 GARCÍA-TREVIJANO FORTES, ANTONIO: *Teoría pura de la República*, ediciones MCRC, pág. 116.

425 El “orden” sería la expresión a emplear desde un punto de vista meramente objetivo o aséptico, y “seguridad ciudadana” desde un punto de vista valorativo. Pero ambas expresiones aluden en definitiva a lo mismo.

426 Así, el art. 1.3 del Código Civil dispone que “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada”; el art. 6.2

Sin perjuicio de cuanto antecede, puede decirse que la mención a la alteración grave de la paz pública en la tipificación de los delitos de terrorismo resulta hoy superflua, al haberse añadido al art. 573 del Código Penal, mediante la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, la finalidad terrorista de “provocar un estado de terror en la población o parte de ella”. Tal finalidad es más acorde con la esencia del terrorismo y evidentemente engloba a la finalidad anterior, pues resulta claro que una población aterrorizada no puede estar en paz y por lo tanto se habrá visto gravemente alterada su paz pública. Asimismo, habrá que aceptar que un delito que no cause terror en la población no puede ser calificado de terrorismo, por mucho que produzca desórdenes callejeros, incluso con violencia sobre personas o cosas. Piénsese, simplemente en actos vandálicos cometidos con ocasión de la celebración de una victoria deportiva, que causarían desorden, pero no terror. Por otro lado, la defensa a toda costa de la tranquilidad -erigida hoy en día como valor absoluto que facilita el flujo económico-, no puede fundamentar que cualquier alteración del orden constituido pueda llegar a calificarse de terrorismo, desencadenando la aplicación de todas las medidas especiales previstas por el ordenamiento jurídico para este fenómeno, mientras tal alteración no produzca un auténtico terror.

De este modo, la supresión de la mención a la expresión “paz pública” en los delitos de terrorismo, que aparece también en la regulación de los desórdenes públicos previstos en el art. 557 del Código Penal, incluso tras su reciente reforma mediante Ley

que “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”; el 12.3 que “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”; el 21.2 que “La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional”; el 594 que “Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público”; el 1255 que Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

En la LEC, el art. 138.2 prevé que las actuaciones judiciales podrán “celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”; el 281.2 que “También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público; y conforme a la Disposición Final vigésima quinta, el orden público actúa como límite al reconocimiento de resoluciones de un Estado miembro de la Unión Europea al amparo del Reglamento (UE) n.º 1215/2012.

Orgánica 1/2015 de 30 de marzo⁴²⁷, evitaría la posible aplicación malintencionada de la legislación antiterrorista a fenómenos de distinta naturaleza⁴²⁸, como pueden ser determinadas protestas sociales o simples actos de vandalismo, a los que evidentemente no cabe tildar de terroristas, sin perjuicio del reproche penal (y por tanto también moral) que merezcan.

Más allá de lo rechazable que resulta la mera posibilidad de aplicar análogicamente la legislación antiterrorista a delitos que por su naturaleza no lo son, tanto desde el punto de vista político como del de la dogmática jurídico-penal, este problema pone nuevamente de manifiesto la necesidad de avanzar en la obtención de un concepto jurídico de terrorismo suficientemente delimitado, que no permita la aplicación expansiva de la legislación antiterrorista en función de la ideología concreta del gobierno de turno, pero que a la vez permita dar una respuesta jurídica eficaz al fenómeno.

- Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, añadió al catálogo de finalidades terroristas previstas en el Código Penal la de “desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”, que también se inspira en la Decisión Marco de 2002⁴²⁹, y que, puesta en relación con las previsiones anteriores de

427 La Ley Orgánica 1/2015, pese a dar una nueva redacción al art. 557, sobre desórdenes públicos, continúa aludiendo a la alteración de la paz pública, al castigar a “Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo”, de modo que la delimitación entre el delito de desórdenes públicos y el de terrorismo sigue siendo borrosa, máxime cuando este último, por influencia del terrorismo yihadista, no requiere ya especialmente la integración en una organización o grupo criminal.

428 Aprovechando la doble mención a la paz pública tanto en los delitos de terrorismo como en los de desórdenes públicos, cabría la posibilidad de aplicar la normativa antiterrorista en el caso, por ejemplo, en el caso de alteración de la paz pública ejecutando violencia sobre las cosas o amenazando con llevarlos a cabo (art. 557 tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015), aunque no se cause con ello terror en la población o incluso aunque ni siquiera estas acciones estuviesen orientadas a un fin político.

429 Que establece en su art. 1 la finalidad terrorista de “desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”. Cfr. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en el «DOUE» núm. 164, de 22 de junio de 2002, páginas 3 a 7. Referencia: DOUE-L-2002-81127. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex:32002F0475>

Modificada por Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Publicado en: «DOUE» núm. 330, de 9 de diciembre de 2008, páginas 21 a 23. Ref.: DOUE-L-2008-82452. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32008F0919>

nuestro Código, puede considerarse también una modalidad de intento de subversión del orden constitucional cuando España se encuentre incorporada a ella, como en el caso de la Unión Europea.

No obstante, esta previsión, como ninguna otra, habrá de ponerse en relación con las disposiciones en materia de justicia universal contenidas en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴³⁰, también modificado por la Disposición final primera de la Ley citada Orgánica 2/2015, y que viene a establecer que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes:

1. el procedimiento se dirija contra un español;
2. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;
3. el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
4. la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
5. el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;
6. el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
7. el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,
8. el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados, entendiéndose por tal cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

Nuevamente, cabe criticar que tanto el concepto de “desestabilización” como la necesidad de que la misma sea “grave” son términos que dejan un amplio margen de apreciación al intérprete y resultan por tanto contrarios al principio de taxatividad de las normas penales.

430 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985, páginas 20632 a 20678. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12666>

- *La causación de terror en la población. De la finalidad perseguida al efecto producido.*

Como refiere DE LA CORTE IBÁÑEZ, no es casual que expresiones como *terrorismo* o *terrorista* hagan referencia a un particular estado emocional descrito en varios idiomas con la palabra terror, pues tal es el sentimiento que se apodera de sus víctimas, que – pese a las dificultades de definición en el ámbito jurídico –, no tienen por ello ningún problema para identificar un atentado terrorista como tal⁴³¹.

El psiquiatra ALONSO-FERNÁNDEZ profundiza en el efecto distresante que la acción terrorista causa en la víctima, cuya voluntad queda reducida cuando no anulada a causa del terror, siendo éste, en definitiva, el efecto del que el terrorista pretende obtener la ventaja política, pues en el grado más intenso llega a producir el bloqueo mental, estado propio del trauma psíquico, entrando el aterrorizado en un estado de conciencia tímérica que “no ofrece condiciones para pensar y actuar con reflexión racional, ni tampoco para resistirse al manejo y la manipulación de personas que dominan la situación. El estado tímérico puede llegar a reunir las condiciones de un auténtico trance hipnótico”⁴³².

La introducción en el art. 573 del Código Penal, tras la reforma de 2015, de la finalidad terrorista de “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella” profundiza en el camino trazado al señalar la de “alterar gravemente la paz pública”, en el sentido de otorgar una relevancia penal – consistente en convertir un delito ordinario en terrorista – al resultado inmediato de la acción (en este caso a la causación de terror en los demás), sin necesidad de atender a la finalidad política última pretendida por el terrorista. Por este motivo, como se viene defendiendo, la “alteración grave de la paz pública” podría perfectamente suprimirse de la regulación de los delitos de terrorismo.

Únicamente parece adecuado añadir en esta sede que, a efectos de prueba en el proceso penal, aunque el terror es una emoción subjetiva, lo cierto es que también

431 Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 40.

432 ALONSO-FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «La victimización del terrorismo», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 147-155 (152).

provoca reacciones externas que permiten apreciarlo con facilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código exige que no se trate de un sentimiento individual, de una sola persona, sino que afecte a la población o a una parte de ella. Es más, un estado de terror colectivo constituye un dato objetivo mucho más fácil de apreciar que la voluntad íntima de uno o varios terroristas, en su fuero interno, de delinquir con una finalidad política determinada, quizás incluso fantasiosa o incomprensible.

2.4.2. El elemento estructural

Por constituir también un elemento objetivo difícilmente sustituible, parece adecuado mantener, como ha hecho la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, el elemento estructural como definitorio de la organización o grupo terrorista.

2.4.2.1. Consideraciones generales y regulación anterior a la Ley Orgánica 2/2015

En la configuración legal de los delitos de terrorismo, resulta fundamental que, junto con la finalidad política perseguida, exista un elemento estructural. Como refiere LAMARCA PÉREZ, el terrorismo es violencia política, pero violencia política ejercida desde una estructura organizada, la asociación terrorista, que se presenta como un auténtico contraordenamiento frente al Estado⁴³³.

Siguiendo a GÓMEZ MARTÍN, puede decirse que el elemento estructural consiste en la estructura jerárquica que da unidad y coherencia interna a los actos de terrorismo como forma de ejecución de un programa político antitético al del orden constitucional del Estado⁴³⁴.

La existencia de un elemento estructural en los tipos de terrorismo, conlleva además que éstos cumplan una función de comunicación del mensaje que no podría darse si faltase esta estructura. Como explica el mencionado autor, “la circunstancia de que a cada uno de los delitos cometidos subyazca una organización terrorista añade al correspondiente delito un *triple elemento comunicativo*: la permanencia del peligro

433 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 842.

434 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (31).

latente, el anuncio de reiteración delictiva y, por último, la capacidad de la organización de seguir atemorizando a la población”⁴³⁵. Asimismo, como señala DE LA CORTE IBAÑEZ atendiendo al mecanismo psicológico que opera en la mente del terrorista, mediante el elemento estructural se consigue un anonimato, se obedece a la autoridad, se produce un desplazamiento de la responsabilidad, por un lado hacia las víctimas pero por otro hacia la organización, donde la responsabilidad se difumina⁴³⁶. Ello favorece así la comisión de tales delitos, al descargar de responsabilidad a su autor en su propio fuero interno. En el moderno terrorismo yihadista, las *fatwas* o decretos islámicos que sustentan los atentados liberan al *shahid* (mártir) de cualquier freno moral o sentimiento de culpabilidad⁴³⁷.

Dedicaremos otro apartado de este trabajo al estudio de los efectos simbólicos de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. Por ahora, simplemente queremos apuntar cómo el elemento estructural denota una permanencia en el tiempo independiente de las concretas personas que integran la organización o grupo. Tal permanencia no es un artificio del Derecho, sino que se da en la realidad. Teniendo esto en cuenta, resulta claro que declarar imprescriptibles los delitos de terrorismo (al menos los que produzcan un resultado de muerte) pone de manifiesto la idea de implacabilidad frente al terrorismo que el Estado trata de transmitir, aunque no pueda olvidarse que los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas impiden atribuir responsabilidad por el hecho a personas que no lo hubieran cometido.

En España, la introducción del elemento estructural como definitorio del terrorismo tiene su origen en la voluntad de no emplear el término “terrorismo” en la definición de los tipos, evitando así que la identificación de los delitos de terrorismo con delitos de políticos, insista en la idea de que los terroristas son delincuentes comunes y no delincuentes políticos. Este criterio fue el que siguió el legislador en la reforma del Código en 1978, aunque como recuerda BUENO ARÚS, algún artículo

435 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (31).

436 Cfr. DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 339 y ss.

437 Así se expresa en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 119/2007 de 16 de febrero (RJ 2007, 1930).

caracterizaba el delito por la condición de “elemento terrorista” del autor. Sin embargo, pareció necesario establecer un criterio razonable de distinción entre los delitos de terrorismo y sus tipos gemelos de asesinato, detenciones ilegales, amenazas, etc. con los que estructuralmente se confundirían, y ese criterio de distinción, que ayudó a resolver los numerosos casos judiciales de concurso de normas y de delitos, había de tener la naturaleza de factor de agravación de la pena. En consecuencia, habían de sufrir las penas que hubieran correspondido a los delitos de terrorismo “los delitos cometidos por bandas organizadas y armadas, expresión con la que se quiso sustituir la referencia a los hechos típicos por la referencia a los autores para poner de manifiesto la importancia que la Política criminal internacional contemporánea atribuye a la criminalidad organizada (Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo, 15 de noviembre de 2000)”⁴³⁸.

Siguiendo esta línea, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se había caracterizado el terrorismo como “una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva”, reconociendo a renglón seguido que “no es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva”⁴³⁹. De igual modo, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha venido exigiendo que se trate de agrupaciones para la acción armada provistas de una cierta organización de la que nacen vínculos en alguna manera estables o permanentes, prendidos por las ideas de jerarquía y disciplina y con unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos como armas o explosivos⁴⁴⁰. También el Tribunal Constitucional ha tenido

438 Cfr. BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, págs. 62 y ss. Pero como señala el propio autor, lo cierto es que el marco del negocio de las grandes bandas internacionales excede con mucho del terrorismo y la interpretación “banda organizada y armada” o la que llama su primo hermano, el “grupo delictivo organizado” tampoco fue diáfana para los Tribunales españoles.

439 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 633/2002 de 21 de mayo (RJ 2002, 6715).

440 Sentencias, entre otras, de 19 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5428), 25 de enero y 27 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3839), 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2173) y la núm. 338/1992, de 12 de marzo (RJ

ocasión de declarar que en el terrorismo es esencial la nota de permanencia y estabilidad del grupo armado⁴⁴¹.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal⁴⁴², implantó el sistema según el cual los el Capítulo VI del título XXII del libro II del Código Penal se refiere a las organizaciones y grupos criminales, al añadir un Capítulo VI al Título XXII del Libro II, que comprendía los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quater tenía por rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales»:

La organización criminal, conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis, sería “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

Y el grupo criminal, conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, consistiría en “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”. Naturalmente, como apunta CAPITA REMEZAL, se plantea el interrogante de cuáles de esas características en la práctica faltarán, si la estabilidad, la duración indefinida o el reparto de manera concertada y coordinada de funciones, lo que en materia de terrorismo islamista plantea serias dudas⁴⁴³. La cuestión no ha sido resuelta, aunque no parece que tenga mayor trascendencia práctica cuando se trata de terrorismo, pues la Ley Orgánica 2/2015 dio una nueva estructura al Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código, cuya Sección 1ª consta ahora de los arts. 571 y 572. El primero de ellos establece que “A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las

1992, 2442).

441 Así expresamente se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre (RTC 1987, 199), así como en la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de mayo (RTC 1993, 89).

442 «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

443 CAPITA REMEZAL, MARIO: «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389 (págs. 364-365).

características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente”. El 572, por su parte, castiga a quienes “promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista” con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años y a “quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos”, que serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años. A salvo la previsión de penas en el art. 571 CP para promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista, las previstas por la comisión de cualquier delito de terrorismo de los que luego se tipifican resultan iguales para los integrantes del grupo y para los de la organización, y además ya no existe en el Código un específico precepto para el castigo del terrorista individual o al que no pueda considerarse vinculado a una organización o grupo, como era el ya antiguo art. 577 CP, pues para que un delito se considere terrorista ya no es necesario, como antes de la reforma de 2015, que se cometa “perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas” –quedando reservado únicamente el art. 577 al denominado “terrorista individual”–, sino que ahora se parte de la idea de que todos los delitos de terrorismo pueden cometerse tanto en relación con una organización o grupo terrorista como individualmente.

2.4.2.2. La insuficiencia del concepto de terrorismo vigente en España para luchar contra el terrorismo yihadista pese a la reforma de 2010

Es sobradamente conocido que, en los últimos tiempos, como refiere ALONSO PASCUAL, España es objetivo prioritario de Al Qaeda y sus entidades afiliadas, así como como de otras células autoconstituidas en distintos ámbitos geográficos pero inspiradas en el referido grupo (hoy especialmente también del autodenominado Estado Islámico), pues la adscripción a una ideología que entremezcla componentes políticos y religiosos permite la identificación de nuestro país como blanco preferente del terrorismo yihadista⁴⁴⁴.

444 ALONSO PASCUAL, ROGELIO: «El terrorismo», en *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo

Resulta así que la principal amenaza terrorista para España en la actualidad no es ya el terrorismo “autóctono” de grupos como ETA (que el 20 de octubre de 2011 comunicó el “cese definitivo” de su actividad armada)⁴⁴⁵, sino otro de corte yihadista que, englobado en lo que se conoce como terrorismo internacional, como refiere REINARES, desafía al conjunto de naciones occidentales y se caracteriza por la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. De este modo, actores individuales y colectivos han extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados⁴⁴⁶. Y sin embargo, las disposiciones de nuestro Código Penal, pensadas para tratar con eficacia el terrorismo de ETA en sus diversas manifestaciones, “no eran aplicables de igual modo al terrorismo yihadista, muy diferente en naturaleza, estructuración, composición, alcance y modalidades”⁴⁴⁷.

Lo cierto es que nuestra legislación, centrada tradicionalmente en el elemento estructural de las organizaciones terroristas, ya preveía, a modo de cierre de la regulación, que un terrorista pudiese actuar de forma individual. Esta posibilidad se recogía en el mencionado art. 577 del Código de 1995, que fue modificado en 2000 para hacer frente en mejores condiciones al fenómeno del denominado “terrorismo urbano”⁴⁴⁸ y podía servir también para dar una rudimentaria cobertura legal a la lucha

Blanch, Valencia, 2011, págs. 21-34.

445 El comunicado puede leerse, por ejemplo, en la página web del Diario “El Mundo”, http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/10/20/comunicado_eta.pdf

446 REINARES NESTARES, FERNANDO: «Conceptualizando el terrorismo internacional», Real Instituto Elcano, Área: Terrorismo Internacional - ARI N° 82/2005 Fecha 01/07/2005. <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1/ARI-82-2005-E.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1>

447 Cfr. REINARES NESTARES, FERNANDO: «Estridencias sobre antiterrorismo. Nuestro Código Penal, pensado para ETA, no era aplicable al yihadismo», artículo de opinión publicado en “El País”, 4 de febrero de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/03/actualidad/1422986294_892527.html

448 Mediante la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que modificó el Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en relación con los delitos de terrorismo. Publicada en el «BOE» núm. 307, de 23 de diciembre de 2000, páginas 45503 a 45508. <https://www.boe.es/boe/dias/2000/12/23/pdfs/A45503-45508.pdf>

En 2010, el artículo sólo se retocó para suprimir la referencia a “bandas armadas”, y adaptarla a la nueva nomenclatura de “organizaciones y grupos criminales”. Antes de la reforma de 2015, el art. 577 CP castigaba por tanto a “los que sin pertenecer a organización o grupo terrorista” y con las mismas finalidades de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” a la que se añadía la de “contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un

contra los llamados “lobos solitarios”, esto es, terroristas yihadistas que actúan con cierta autonomía, a los que no es posible vincular de modo claro con una determinada organización jerárquica.

Sin embargo, el terrorismo yihadista, además de por su falta de estructura claramente definida, también se distingue del terrorismo “autóctono”, singularmente del de ETA, por los fines políticos que persigue, “exóticos” para nuestra cultura jurídica, hasta el punto de que si bien a los yihadistas puede imputárseles la alteración grave de la paz pública como resultado inmediato de sus acciones, resulta absurdo atribuirles la tradicional finalidad terrorista, explicable por la influencia de ETA o los GRAPO, de pretender “subvertir el orden constitucional”. ¿Qué les importará a los yihadistas nuestro orden constitucional, cuando sus ideas políticas nacen de una concepción del mundo distinta, amparada en una interpretación religiosa radical, y lo que pretenden es la instauración de un Califato mundial? Únicamente una concepción ampliamente sobredimensionada del significado de la expresión “orden constitucional”, inclusivo de todos los valores propios de la cultura occidental justificaría defender que es tal orden lo que atacan los yihadistas con sus atentados.

Tenemos en definitiva que la regulación del Código Penal no daba una respuesta adecuada al terrorismo yihadista, ni desde un punto de vista operativo ni tampoco ideológicamente, pues tal fenómeno se caracteriza por presentar una morfología compleja (con grupos en franquicia a partir de Al Qaeda, en red) gráficamente líquida o incluso gaseosa, distinta en todo caso a la del terrorismo histórico, más piramidal, estructurado y jerarquizado, y que se presenta, como expone RODRÍGUEZ URIBES, como un riesgo particularmente incierto, invisible antes de manifestarse con toda su crudeza, como un enemigo especialmente irracional, generado por tanto de más terror, cuyas raíces ideológicas últimas se encuentran particularmente enterradas, escondidas⁴⁴⁹.

Tampoco ofrecía el Código una respuesta satisfactoria al particular *modus operandi* de los yihadistas, esto es, como prevención y sanción de las formas criminales en que se materializan los actos de terrorismo, así como su preparación. Sirva como

colectivo social, político o profesional”, cometieren determinados delitos.

449 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013.

ejemplo que la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, tipifica, entre otras conductas, el adoctrinamiento activo, principalmente a través de internet, que la jurisprudencia, ante la insuficiencia de la regulación anterior, había catalogado como pertenencia a grupo u organización terrorista⁴⁵⁰.

Con la finalidad de revisar la regulación de los delitos de terrorismo en la legislación española, el 2 de febrero de 2015, recientes los atentados yihadistas en Francia cometidos hacía menos de un mes⁴⁵¹, los dirigentes del Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español se reunieron en el Palacio de la Moncloa para suscribir el cuarto pacto antiterrorista entre ambos partidos políticos⁴⁵², con la particularidad de que, por primera vez, el objetivo no era luchar contra el terrorismo de ETA sino contra el yihadista. Como consecuencia del pacto, con fecha 4 de febrero de 2015, se presentó en el Congreso una Proposición de Ley Orgánica⁴⁵³ que rápidamente se materializó en la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo⁴⁵⁴.

450 Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 119/2007 de 16 de febrero (RJ 2007, 1930), que confirmaba la de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006, 139282), se castigaba mediante la aplicación de este tipo penal la difusión a través de internet de las prédicas y de las *fatwas* o decretos islámicos de los *sheihks* o sabios musulmanes radicales que preconizan y difunden la Yihad en su acepción de guerra contra quienes no compartan sus creencias, sus prácticas religiosas y su forma de vida en cualquier parte del mundo. Estos decretos sustentan los atentados realizados por terroristas, de modo que ninguno puede utilizar la religión para justificar su acción violenta si no existe una *fatwa* que la ampare. Ello en la medida en que su existencia determina que un acto terrorista libere o no al *shahid* (mártir) de cualquier freno moral o sentimiento de culpabilidad.

PÉREZ-PRENDES indica que, en el Derecho musulmán, las *fatwas* o fatuas son dictámenes dados por un jurista a solicitud de un juez que ha de juzgar sobre un caso concreto y necesita orientación. Normalmente, la *Fatwa* se identifica con la sentencia, porque el juez sigue ese dictamen o consejo, pero en sí misma no es propiamente una sentencia. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, JOSÉ MANUEL: *Historia del Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1999, Vol. I, pág. 635.

451 Diario “El País” (4 de enero de 2015). Espinosa, Á./ Gutiérrez, Ó. (artículo en prensa). «La rama yemení de Al Qaeda asume la autoría del ataque de París». http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/14/actualidad/1421231136_665711.html

452 Los tres anteriores fueron el Pacto de Madrid de 1987, el Pacto de Ajuria Enea del 1988 y el Pacto por las Libertades y contra el Terrorismo de 2000.

453 Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B: Proposiciones de ley, 4 de febrero de 2015, Núm. 211-1. Proposición 122/000189 presentada por: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Grupo Parlamentario Socialista Sr. Salvador Armendáriz, Sra. Oramas González-Moro y Sr. Álvarez Sostres (GMx).

454 Publicado en el «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185, con entrada

2.4.2.3. El abandono meramente parcial del elemento estructural como eje característico de los delitos de terrorismo para combatir el terrorismo yihadista tras la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo. El elemento estructural en el terrorismo yihadista.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2015 afirma que el Código Penal no debe, en ningún caso, perder la perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas (y ciertamente no llega a hacerlo), pero reconoce también que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional.

De este modo, aunque dentro de la Sección 1ª del Capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica “De las organizaciones y grupos terroristas”, el nuevo art. 571 mantenga la definición de organizaciones o grupos terroristas que se implantó con la reforma de 2010, y aunque en el art. 572 se siga castigando a quienes las “promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran”, en la Sección 2ª, “De los delitos de terrorismo”, ya no es necesario, como antes de la reforma de 2015, que estos delitos se cometan por lo general “perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas” –quedando reservado únicamente el art. 577 al denominado “terrorista individual”–, sino que ahora se parte de la idea de que todos los delitos de terrorismo pueden cometerse tanto en relación con una organización o grupo terrorista como individualmente.

Pero efectivamente, como apunta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2015, no conviene abandonar el elemento estructural como eje de la tipificación de los delitos de terrorismo, pues en última instancia sirve para vincular a un sujeto con una ideología concreta, la de la organización o grupo, lo que resulta especialmente útil a la hora del enjuiciamiento, sobre todo si se tiene en cuenta que tras la comentada reforma, el Código tipifica una serie de conductas que se castigan por entender que favorecen la comisión de otros delitos de terrorismo, pero que en otro caso constituirían por lo general actos impunes. Los lazos que vinculan al individuo con la estructura de la

en vigor el día 1 de julio de 2015 conforme a su disposición final tercera.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3440

organización sirven así, por ejemplo, para distinguir entre quien visita páginas web de contenido yihadista a modo de adoctrinamiento porque efectivamente pretende cometer una acción terrorista (lo que puede deducirse de sus contactos con organizaciones o grupos) de, por ejemplo, el estudioso del tema o el simple curioso. No obstante, puede comprenderse que tales fronteras pueden llegar a ser extremadamente difusas, lo que sin duda suscitará numerosos problemas en Derecho Penal.

Por otro lado, pese a las dificultades que el terrorismo yihadista puede plantear a la hora de encajarlo dentro de las categorías de organización o grupo, la doctrina y la jurisprudencia han venido resaltando su forma estructurada. Se trata de una organización más difusa, menos jerarquizada, pero que no impide apreciar la existencia de un elemento estructural. GÓMEZ MARTÍN explica que las células yihadistas sí cuentan con una mínima estructura jerárquica, la que proporciona a la organización la relación existente entre el líder carismático y los miembros de las diferentes células. Se trata de una organización jerárquica menos formalizada, más personal, pero que también sirve para cohesionar el equipo criminal. Se trata, además, de una relación jerárquica con un contenido fuertemente horizontal, circunstancia ésta que sirve para garantizar la propia seguridad de la célula, al no concurrir más relación de dependencia que la personal con el líder que transmite la dirección ideológico-religiosa radicalizada e integrista que no impide la acción o decisión personal del individuo. Por último, la existencia de una amplia e intensa red internacional de contactos facilita el transporte, hospedaje y manutención de los muyahidines para ofrecerles una cobertura laboral, que les ayude a eludir los controles de las autoridades locales⁴⁵⁵.

Respecto de Al Qaeda, la Audiencia Nacional ha señalado que *“tiene una estructura reticular que se diversifica en distintos países mediante la constitución de células dirigidas al adoctrinamiento en los postulados religiosos islamistas (radical-fundamentalista) y al reclutamiento de individuos para el entrenamiento a fin de cómo muyahidines realizar la Yihad –guerra contra todos aquellos que no compartan sus creencias y prácticas religiosas y su forma de vida– en cualquier punto del orbe mediante la utilización de ataques contra las personas, patrimonio o intereses económicos que, generando una auténtica situación de terror colectivo, desestabilizan*

455 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (44).

el orden mundial establecido, sirviendo dichas sedes como auténticas estructuras de apoyo logístico-económico no solo para aquel adoctrinamiento-reclutamiento, sino también para los «miembros durmientes» dispuestos a cumplir los designios de la dirección. En definitiva, nos encontramos ante una pluralidad de personas, dotada de una estructura jerarquizada y con vocación de permanencia y estabilidad, con el designio de generar una inseguridad o miedo colectivo que impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, ello mediante el empleo de medios y ejecución de actos que por su reiteración o especial intensidad en una ocasión pueden causar alarma en la población y una alteración de la convivencia ciudadana; definición de organización terrorista plasmada en sentencia 199/1987 del Pleno del Tribunal Constitucional y seguida por nuestra Sala de Casación en sentencias de 25.1 y 27.5.88, 29.7.98 o la más reciente de 17 de Junio de 2002 , que ha sido aplicada precisamente a la célula de Al Qaeda en España en la sentencia de la Sección 3ª de esta Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nº 36/2005 de 26 de Septiembre, recaída en la causa (Sumario 35/01 del Juzgado Central de Instrucción nº 5) de la que la presente tiene su origen (esto es, guerra contra todos aquellos que no compartan sus creencias, prácticas religiosas y forma de vida) en cualquier punto del mundo (atentados de Túnez, Kenia, Tanzania, Nueva York, Bali, Madrid, Londres, ente otros) y tales ataques ... contra personas, patrimonio o intereses económicos crean una auténtica situación de terror colectivo y desestabilizan el orden mundial establecido”⁴⁵⁶.

En el Auto de 26 de octubre de 2007 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 se ofrece una breve explicación de la forma en que opera el elemento estructural en el terrorismo de corte yihadista: “es cierto que el concepto de organización en este tipo de terrorismo no coincide con el de la organización terrorista tradicional, pero es la que perfectamente se adecua al fin que pretenden estas células locales incardinadas en unas redes más difusas u organizaciones internacionales (Al Qaeda) que expanden su ideología como movimiento yihadista por todos o algunas de las regiones del mundo aprovechando los grupos locales o la tendencia radical salafista de las personas adoctrinadas para integrarse en el grupo con diferente intensidad, conducidas por el

456 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección4ª), Sentencia núm. 43/2005 de 4 de octubre (JUR 2007, 43531). Doctrina reiterada en Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección2ª) Sentencia de 31 de marzo de 2006 (JUR 2006, 139282).

adoctrinamiento de una o más personas (líder o emir), en todo caso, de número muy reducido, a través de libros a textos que exaltan la actividad y fines salafistas yihadistas a la que se han incorporado. (...) El líder o líderes (...) en forma personalista, cohesionan el grupo o «Célula» haciéndolo en forma horizontal, previniendo así su propia seguridad al no existir más jerarquía que la personal con el líder que transmite la dirección ideológico-religiosa radicalizada e integrista que no impide la acción o decisión personal del individuo. Asimismo para conseguir la cohesión necesaria y mínima y para obtener el fin perseguido se producen contactos próximos e intensos y muy cerrados y no demasiado numerosos, aprovechando los rezos semanales en la Mezquita o celebrándolos en algún local en forma discreta y con amplias medidas de seguridad; sin una financiación definida, sino mantenida por las aportaciones personales de miembros del grupo o procedentes del dinero popular recaudado que desvían y utilizan sin control alguno. Las cantidades referidas no suelen ser excesivamente altas. Por último, en el caso estudiado, la actividad organizada y que integra el contenido de la acción, se ha concretado en la preparación y convencimiento de los «voluntarios» para su envío a las zonas de conflicto, para cumplir el «mandato de Alá», utilizando para ello otros elementos de las redes internacionales, ubicados principalmente en Turquía, Siria e Irak, principalmente los cuales facilitan en la fase previa inmediata al potencial ingreso en Irak, el transporte, hospedaje y manutención de los muyahidines para ofrecerles una cobertura laboral, que les ayude a eludir los controles de las autoridades locales, las cuales, una vez detectados, los detienen y normalmente los envían de vuelta a su país de naturaleza o de origen. Mientras tanto el líder del grupo y otros miembros, por su encargo mantiene a la familia de los «mártires»»⁴⁵⁷

De este modo, el abandono del elemento estructural como eje en torno al cual se articulan los delitos de terrorismo es meramente parcial, pues si bien, a diferencia de lo que ocurría con la regulación de 2010, desde 2015 el Código parte de la idea de que los delitos de terrorismo pueden ser cometidos tanto por personas integradas en organizaciones o grupos terroristas como de forma individual, lo cierto es que la posibilidad de vincular a un terrorista a un determinado grupo, por más que la forma de

⁴⁵⁷ Resolución citada por GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (42 y 43).

actuar del moderno terrorismo yihadista responda a nuevos esquemas, resulta útil a efectos penales, al permitir atribuir al terrorista individual la ideología de la organización o grupo y en consecuencia facilitarse la prueba del elemento subjetivo del tipo, esto es, la concurrencia de la finalidad política perseguida por el delito.

Asimismo, cabe mencionar que el elemento estructural puede cumplir otras finalidades, como servir de centro de imputación que permita interrumpir la prescripción de los delitos de terrorismo prescriptibles.

2.4.2.4. El elemento estructural de las organizaciones o grupos terroristas como centro de imputación de delitos que permita interrumpir la prescripción de los delitos de terrorismo prescriptibles

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el Código Penal español la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. Dicha novedad fue introducida en el art. 131.4 del Código, que hoy, tras la reforma operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, ha pasado a encontrarse recogida, con la misma redacción, en el segundo párrafo del art. 131.3. A la interpretación de esta norma, se dedicará por completo el Capítulo III. Por ahora, en relación con el elemento estructural característico de los delitos de terrorismo que se viene aquí estudiando, cabe aquí señalar que el mismo tiene también repercusión en orden al funcionamiento de la institución de la prescripción del delito.

Cierto es que tratándose de delitos imprescriptibles (en el caso de los delitos de terrorismo, sólo los que hubieren causado la muerte de una persona) la constatación de la existencia del mencionado elemento estructural no aporta nada. Pero tratándose de cualquier otro delito de terrorismo, susceptible de prescripción, el elemento estructural introduce un marco de referencia que permite imputar el delito, de forma que la prescripción se interrumpa, aunque no se haya identificado al concreto individuo responsable de la acción⁴⁵⁸.

458 Como afirma GÓMEZ MARTÍN, “la organización terrorista se convierte, de este modo, en sujeto político-criminal al que pueden ser imputados delitos concretos”. GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (31-32).

Hasta la década de 1990, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía entendiendo que para que se cumpliera lo previsto en el art. 132 CP antes de que fuera modificado por la Ley Orgánica 5/2010, –esto es, que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”–, no era necesario que el procedimiento se dirigiera en sentido estricto contra persona o personas perfectamente identificadas, pues se decía que *“por procedimiento dirigido contra el culpable han de entenderse todos los actos encaminados a la instrucción de la causa para el descubrimiento del delito perseguido y determinación de los culpables, sin que sea necesario que se haya dictado un auto de procesamiento”*⁴⁵⁹. En cambio, a partir de los referidos años de 1991 y 1992 abunda otra jurisprudencia de signo contrario, que exige, para que el procedimiento se entienda dirigido contra el culpable, que éste de algún modo aparezca determinado en la tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Sin embargo, en la Sentencia de 29 julio de 1998 (caso Marey)⁴⁶⁰, el Tribunal Supremo declaró que la anterior doctrina *“sólo puede tener su aplicación en los supuestos delictivos ordinarios, cuando el delito ha sido cometido por una sola persona o por unas pocas, pero no cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala, que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse”*. Y así, vino a estimar que *“en estos últimos supuestos, ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querella o la denuncia admitida a trámite o el*

459 Sentencias del Tribunal Supremo de 1 julio de 1965 y 6 de junio de 1967 (RJ 1967, 2637). Esta línea jurisprudencial se mantuvo en sentencias como la Sentencia núm. 1388/1994 de 6 de julio (RJ 1994, 5874), Sentencia núm. 279/1995 de 1 de marzo (RJ 1995, 1903), en la que se señalaba expresamente que *“por procedimiento debe entenderse todos los actos encaminados a la instrucción de la causa”* (Sentencias de 6 junio de 1967 [RJ 1967, 2637], 25 de mayo de 1977 [RJ 1977, 2448], 8 de mayo de 1989 [RJ 1989, 4149], 23 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2594], 18 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2418]) y Sentencia núm. 865/1997 de 13 de junio (RJ 1997, 4896), entre otras. En ésta última, con cita de otras varias, se afirmaba expresamente que *“la prescripción no necesita para interrumpirse actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores”*.

460 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Caso Secuestro GAL. Sentencia núm. 2/1998 de 29 de julio (RJ 1998, 5855).

procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificarse individualmente". La razón aducida fue que *"Precisamente el objeto del proceso así iniciado (o impulsado después de su iniciación) es, entre otros extremos la averiguación de quiénes son las personas que están formando parte de esa colectividad criminal, que constituye precisamente una de las finalidades que el artículo 299 de la LECrim asigna al sumario, que ha de estar destinado, entre otras cosas, a realizar las actuaciones encaminadas a averiguar la culpabilidad de los delincuentes"*⁴⁶¹.

Esta doctrina –que contó con el voto particular en contra de BACIGALUPO ZAPATER⁴⁶²–, ha sido expresamente recogida en la actual redacción del art. 132 del Código Penal tras su reforma por Ley Orgánica 5/2010, que establece ahora en su apartado 3 que "la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho".

La inclusión en el precepto de la posibilidad de que la prescripción se interrumpa respecto de personas no determinadas dentro de la organización o grupo fue expresamente defendida por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley, en el que afirmaba que "Exigir que el proceso se dirija contra persona "determinada" redundará en beneficio precisamente de las estructuras criminales complejas y de quienes integran los mandos superiores de las mismas, cuya identificación plena está plagada de dificultades y normalmente se produce en las fases

461 En esta misma sentencia, en relación con el uso del término "culpable" en el texto del art. 132 CP –que suscitaba merecidas críticas por buena parte de la doctrina, al entender que en puridad sólo podía hablarse de culpable habiendo sentencia condenatoria–, el Tribunal Supremo explica cómo "Dejamos aparte por su inocuidad el tema de la utilización incorrecta de la palabra "culpable", que sólo puede usarse adecuadamente en el ámbito penal cuando hay una sentencia firme condenatoria. Es evidente que con dicha palabra el Código Penal se está refiriendo al sujeto pasivo del proceso, imputado, inculpado, procesado, acusado, etc. según la fase del procedimiento en que nos encontremos".

462 Alegaba BACIGALUPO en su voto particular que "Este punto de vista resulta, en primer lugar, incompatible con el principio de legalidad (artículo 25.1 CE), dado que carece absolutamente de todo apoyo en el texto legal. La ley no establece excepciones de ninguna clase para ninguna «colectividad». Más aún: no podría hacerlo, básicamente porque el derecho penal vigente no conoce responsabilidades colectivas; un derecho penal de culpabilidad no puede reconocer otras responsabilidades que las individuales, al menos mientras no cambie el concepto tradicional de culpabilidad". Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Caso Secuestro GAL, Sentencia núm. 2/1998 de 29 de julio (RJ 1998, 5855).

más tardías de la investigación. Como recuerda el Tribunal Supremo, si admitiéramos la igualdad de trato de los supuestos de delincuencia individual y de delincuencia organizada en materia de prescripción, «estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica, cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas» (STS de 29 de julio de 2002)⁴⁶³.

Cabe apuntar no obstante que, como señala HERNÁNDEZ GARCÍA, los datos precursores de la posterior identificación deben en un juicio *ex ante*, trazar una suerte de círculo concreto de sospechosos intervinientes. No basta, a juicio de este autor, que se afirme que la estructura criminal, grupal y organizada, comporta la participación de terceros no identificados para considerar, sin más, que respecto a estos hipotéticos intervinientes se produce desde la incoación del proceso contra los identificados la interrupción del plazo prescriptivo. Se hace necesario cualificar el juicio de imputación futura a partir de datos que permitan pronosticar de forma razonable que al tiempo de la incoación del proceso dichas personas no identificadas ni, *in concreto*, identificables ya pertenecían a la estructura criminal organizada. Por ejemplo, datos socio-personales de los “protoinculpadados” no identificados, como pueden ser la edad, aspecto, nacionalidad, residencia, vínculos personales, laborales, mercantiles, coposesión de instrumentos tecnológicos o armas utilizados por otros integrantes, etc. que les vinculen con la trama o con las personas ya identificadas⁴⁶⁴.

Se plantea no obstante dificultades en cuanto a la posibilidad de interrupción de la prescripción por este método de los delitos de terrorismo cometidos por los terroristas que actúen de forma individual. No obstante, en nuestra opinión, resulta relevante que el art. 132 CP requiera, para que se produzca la interrupción, la identificación mediante datos que permitan posteriormente concretarla “en el seno de la organización o grupo *de personas* a quienes se atribuya el hecho”, evitando por tanto del empleo del término

463 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, pág. 74. <http://www.poderjudicial.es/> y seguir la ruta Poder Judicial: Consejo General del Poder Judicial: Actividad del CGPJ: Informes.

464 HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER: «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las faltas», en *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios* (director Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, 2010, págs. 121 y ss. (131).

“organización o grupo criminal”, lo que parece un argumento para sostener la posibilidad de interrupción de la prescripción de esta manera para los delitos de terrorismo sin resultado de muerte llevados a cabo también por terroristas individuales, que no pertenecen a la organización o grupo terrorista propiamente dicha, pero que no obstante raramente actuarán de forma completamente individual sino que lo normal será que actúen en grupo o conectados de alguna manera a la organización o sus ramas.

2.4.3. La pluriofensividad de los delitos de terrorismo

Retomando la caracterización del concepto jurídico del terrorismo en España, cabe señalar que otra característica propia de los delitos de terrorismo, y que pone de manifiesto que su especial tratamiento no es constitutivo de vulneración del principio de igualdad es, desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, la pluralidad de bienes jurídicos a los que afectan.

Esta pluriofensividad -al ir el elemento subjetivo encaminado a dañar no sólo la vida de las personas contra las que directamente atenta sino también otros bienes jurídicos, y efectivamente dañarlos-, sirve como fundamento de la mayor punibilidad de estos delitos, determinado asimismo que sean merecedores de un tratamiento jurídico diferenciado.

Afirma el Tribunal Supremo que *“el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia, sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos”*⁴⁶⁵.

En el plano internacional, siendo el actual terrorismo de corte yihadista un terrorismo global, es deseable que los Estados caminen hacia una homogeneización de la tipificación de los delitos de terrorismo y en consecuencia hacia la protección de bienes jurídicos internacionales. Contra los defensores de la idea de fin en el derecho, BINDING lanzaba ya en el siglo XIX la siguiente reflexión: “Finalmente, una teoría relativa consecuente tiene que afectar a los principios: el Derecho penal, debería estar en

465 Así en Sentencia del Tribunal Supremo 33/93, de 25 de enero (RJ 1993, 174) y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2838/1993, de 14 de diciembre (RJ 1993, 9446).

poder de las esferas de la sociedad amenazadas sin consideración a las fronteras estatales, mientras que la realidad muestra lo contrario”. A lo que VON LISZT se oponía considerando que “si el delito es una perturbación del orden jurídico estatal, si la pena es protección del orden jurídico estatal, entonces la el Derecho penal debe estar en poder del Estado, y no puede estar en manos de círculos sociales de concretos. Ésta es una “consecuencia” necesaria de la teoría de la protección”⁴⁶⁶. Sin embargo, el curso de los tiempos está quitando la razón al maestro VON LISZT y no es algo descabellado que algún día pudiera corresponder la competencia para conocer de los delitos de terrorismo a la Corte Penal Internacional u organismos similares, quizás con ámbito de actuación también internacional pero quizás más limitados, en virtud de doctrinas como la de la comunidad de intereses⁴⁶⁷. Como señala MORAL DE LA ROSA, en opinión compartida con REINARES, el terrorismo “no sólo emerge y se desarrolla dentro de determinados confines estatales. Es un fenómeno que atraviesa fronteras”⁴⁶⁸. Y como indica este autor, no cabe duda de que los terroristas buscan que el eco de sus acciones tengan reflejo más allá de los límites que delimitan el Estado en que actúan, e incluso en

466 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, pág. 95.

467 En este sentido, la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección3ª), afirmaba lo siguiente en Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318): “*En materia de persecución universal de delitos de terrorismo, se encuentra el relativo al enjuiciamiento y condena a cadena perpetua en Alemania en 1989, tras denegarse su extradición a Estados Unidos, del terrorista libanes Ali Hamadé, por su participación en el secuestro de un avión de pasajeros norteamericano durante diecisiete días y el asesinato de uno de ellos.*”

Resultan dudosas las invocaciones al principio de Universalidad en la persecución penal por delitos de terrorismo de las pretensiones de la justicia norteamericana –parecen fundarse más en el principio de personalidad pasiva, dada la nacionalidad norteamericana de las víctimas– en los casos de A. Abbas, presunto responsable del secuestro del crucero Achille Lauro en 1985 (las autoridades italianas no autorizaron su extradición), y en el del libanes F. Yunis por el secuestro en Líbano y posterior desvío a Ammán, en 1985, de un avión jordano en el que viajaban varias decenas de norteamericanos.

Sin embargo, el enjuiciamiento de los sospechosos del atentado contra el vuelo 103 de la Pan Am en el caso Lockerbie, pese a verificarse en Holanda en virtud de la Resolución del Consejo de Seguridad 1192 (1998) fue realizado por un tribunal escocés (259).

No se cuestiona y es cada vez más frecuente en España y otros países el ejercicio de la jurisdicción universal para la represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en caso de aprehensiones de buques practicados, previa autorización del Estado del pabellón, en alta mar. (La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1987 [RJ 1987, 5603] señala al respecto: «Es reiterada la doctrina... en orden a que no existe necesidad de razonar que el tráfico tenía a España como destino final, en virtud del principio de universalidad o de comunidad de intereses propio de esta clase de delitos contra la salud pública que se recoge en el art. 23.4.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial»).”

468 MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Centro de Estudios Financieros, 2005, pág. 13.

muchos casos van a estar asentados en un Estado diferente al propio en que cometen los actos violentos como ocurre desde bastantes décadas en el terrorismo ejercido por ETA y en el denominado terrorismo islamista.

No está de más reseñar que la pluriofensividad de los delitos de terrorismo no es sólo algo a tener en cuenta desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal, atendiendo al elemento subjetivo consistente en la voluntad del autor de atacar directamente un bien para así atacar indirectamente a otro. Este ataque a bienes mediatos tiene su efecto objetivamente constatable en el mundo exterior a la mente del sujeto activo. En especial, cabe reseñar que la eficacia del terrorismo reside precisamente en la amenaza implícita que para los demás miembros de la colectividad supone el ataque terrorista contra alguno o algunos de ellos. Lo que nos lleva a realizar una breve valoración sobre la repercusión de los delitos de terrorismo en la sociedad, con especial atención a las víctimas del terrorismo.

2.4.4. Repercusión del fenómeno terrorista en la sociedad. Especial consideración de las víctimas del terrorismo.

En el actual terrorismo yihadista, más incluso en que el “tradicional” desarrollado en España por bandas como ETA, es habitual que el acto terrorista no se dirija contra una víctima en concreto, sino que consista en un ataque indiscriminado. Esto hace que cualquiera, aunque no haya sido directamente atacado, sienta que podría haberlo sido, o que puede ser el siguiente. Precisamente en eso consiste el mecanismo de causación del terror que los terroristas emplean para conseguir las finalidades políticas que persiguen. De este modo, aunque el ataque terrorista se dirija *directamente* contra una persona o grupo de personas, también ataca *indirectamente* al conjunto de la sociedad. Sólo los que simpaticen con las ideas o reivindicaciones del grupo terrorista, estando asimismo conformes con el empleo de esos medios, podrán sentirse no atacados, siempre y cuando asuman con resignación, como algo necesario, incluso la posibilidad de ser algún día víctima de uno de esos ataques indiscriminados.

Se hace necesario destacar que, a diferencia de lo que ocurre con las víctimas de otros delitos, la finalidad política perseguida por los terroristas determina que las víctimas del terrorismo no lo sean por ser quienes son, sino por lo que representan a los ojos de sus victimarios. Por eso, como explicará en otro lugar RODRÍGUEZ URIBES,

“políticamente no es inadecuado hablar del conjunto de los ciudadanos de una democracia, o de una parte singular de ellos o, si el terrorismo es global, del conjunto de la humanidad, como «víctimas» del terrorismo, subrayando así su carácter vicario, sin perjuicio de las víctimas directas y concretas que lo son *stricto sensu*”⁴⁶⁹.

Resulta así que, como afirma ETXEBERRÍA MAULEÓN, “estas víctimas (las del terrorismo) no son un mero conjunto de individuos violentados por un colectivo de asesinos y extorsionadores, sino que las pretensiones de los victimarios, selladas con su violencia en ellas las convierten, incluso aunque no lo quieran, en la representación privilegiada de la sociedad atacada, con lo que, también *en ellas*, no están en juego únicamente sus derechos individuales en cuanto víctimas, sino, además, la concreción de la vida democrática y del lugar que debe tener el uso de la fuerza en ella”. Por tanto, en cierto sentido, han sufrido por todos los ciudadanos, todo demócrata está de algún modo «sustituido» en ellas. Esto es lo que significa su calidad de condición vicaria⁴⁷⁰. De ahí acertadamente observe DE LA CORTE IBÁÑEZ que el número de individuos que son objetivo directo de los atentados o amenazas terroristas es siempre muy inferior a la cifra total de personas que se ven psicológicamente afectadas por esas agresiones y amenazas⁴⁷¹. Resulta así que el daño que sufren las víctimas del terrorismo tiene una dimensión pública que trasciende el concepto jurídico-penal de delitos perseguibles de oficio, que dan lugar a la titularidad pública de la acción penal del Estado para perseguirlos.

Para ALONSO-FERNÁNDEZ “las víctimas del terrorismo son las víctimas de calidad suprema, ya que están sujetas a esta doble condición: primera, su atributo de personas inocentes al carecer la mayor parte de las veces de relaciones previas con sus asaltantes, valoración adjudicada de acuerdo con la estimación manejada por los postulados de la victimología; y, segunda condición, la vil utilización de la víctima

469 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

470 ETXEBERRÍA MAULEÓN, XAVIER: «Ética del reconocimiento y víctimas del terrorismo», ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N.º 46, enero-junio, 2012, 215-232, ISSN: 1130-2097.

471 DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 41.

como mero instrumento para genera sentimientos de miedo o terror en el seno de la población”⁴⁷²–

ASÚA BATARRITA, por su parte, afirma que “cuando la producción intencional de la muerte de otra persona se realiza, como es propio del terrorismo, para utilizarla como señuelo de intimidación colectiva, -o como sustitutivo del argumento para entablar conversación con los poderes públicos – la despersonalización de las víctimas «reducidas a símbolos o máscaras», negadas como sujeto, alcanza un nivel de incompatibilidad con las reglas de juego de la convivencia que requiere ser trasladado al reproche de la conducta”⁴⁷³.

Por eso, afirmaría JUAN PABLO II que “*El terrorismo se basa en el desprecio de la vida del hombre*. Precisamente por eso, no sólo comete crímenes intolerables, sino que en sí mismo, en cuanto recurso al terror como estrategia política y económica, es *un auténtico crimen contra la humanidad*”⁴⁷⁴.

No es sólo que el terrorismo desprecie la vida humana, sino que despoja a las víctimas de su dignidad, deshumanizándolas. Para DE LA CORTE IBÁÑEZ⁴⁷⁵, tal deshumanización⁴⁷⁶ forma parte de lo que él llama “devaluación moral del enemigo”, que se consigue de diferentes maneras: despersonalizándolo y asignándole rótulos políticos o religiosos. Para ello se evita toda alusión a sus rasgos e intereses personales,

472 ALONSO-FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «La victimización del terrorismo», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 147-155 (152).

473 ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

474 JUAN PABLO II: «No hay Paz sin Justicia. No hay Justicia sin Perdón», Mensaje de Su Santidad el Papa para la celebración de la XXXV Jornada Mundial de la Paz el 1 de enero de 2002. http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20011211_xxxv-world-day-for-peace_spág.html

475 Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, págs. 244-248.

476 Por ejemplo, los policías españoles son perros para los militantes de ETA, aunque los designan así empleando el euskera “chakurra”. Los enemigos del Islam también son frecuentemente tildados de perros, de monos o de bestias, y para Bin Laden Estados Unidos representaba “la cabeza de la serpiente”. Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 247.

al menos aquellos que pudieran parecer familiares o entrañables⁴⁷⁷ pero por el contrario se destaca su identidad social, su pertenencia a un colectivo o categoría social diferente a la de los terroristas y la de sus grupos o comunidades de referencia. A las víctimas se les atribuye también rasgos y rótulos políticos negativos o amenazantes, se les criminaliza o se construyen a su alrededor teorías conspirativas, hasta el punto de demonizarlos como ocurre en las ideologías de inspiración religiosa o pseudoreligiosa⁴⁷⁸

Como muestra de tal despersonalización -que a su vez facilita al terrorista la comisión de su crimen, descargándolo del sentimiento de culpa- pude transcribirse parte de una entrevista que realizó el estudioso del terrorismo REINARES a un guipuzcoano que había ingresado en la facción político militar de ETA con apenas diecisiete años de edad. El texto de la entrevista se recoge en su obra *Patriotas de la muerte*, y en él el entrevistado manifiesta lo siguiente:

“Estuvimos con él veintitrés o veinticuatro días (...) hablábamos, hablábamos de todo, porque el hombre era encima muy... como muy campechano (...) me acuerdo de habernos abrazado y todo (...) habíamos hecho planes para después de la liberación, para vernos alguna vez y tal (...). Entonces un día me llamaron y me dijeron: lo tenéis que pegar un tiro (...) lo metimos en un coche, lo llevamos a un descampado, le sacamos... ¡pum! Le pegamos un tiro (...) no me acuerdo de ningún sentimiento ni de pena por la persona ni... ni nada de eso. Encima... ¡si no se le mata a una persona! Eso es muy curioso, igual es muy difícil de entender, ¿no? Pero nosotros, por ejemplo, entonces estábamos matando a un empresario. Incluso hoy uno de ETA o lo que sea, cuando mata a un guardia civil, no le mata a la persona. Yo nunca vi allí un hombre tampoco, así, no sé, de carne y hueso. Estás atacando a un símbolo o tal

477 Por ejemplo, que la información ofrecida sobre el hasta entonces desconocido Miguel Ángel Blanco fue mucho más breve y concisa en la prensa pro etarra que en el resto de los periódicos vascos. Cfr. DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 245.

478 Nuestro autor cita el manifiesto fundacional del Frente Islámico Mundial, firmado el 22 de febrero de 1998 por los líderes de Al Qaida, la Yihad Islámica y Yema'a Islamiya egipcias, más los líderes de otras organizaciones islamitas de Pakistán y Bangladesh, en el que se exhorta a los musulmanes a atacar a “los soldados norteamericanos de Satán y sus aliados del Demonio”. Cfr. DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, págs. 247-248.

(...) yo creo que no eres capaz de ver la persona ¿no? Y si no la ves, no sufres, claro”⁴⁷⁹.

Desde el punto de vista del Derecho penal, es evidente que esta despersonalización de las víctimas supone un mayor desvalor de la conducta, que tiene su reflejo en una mayor punición, así como en normas extraordinarias, como es la que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.

2.4.4.1. Apoyo institucional a las víctimas del terrorismo

RODRÍGUEZ URIBES advierte de que la expresión “víctima del terrorismo” es polisémica por razones que son tanto semánticas sino políticas, jurídicas e incluso emotivas o sentimentales, de modo que, desde un punto de vista político, puede hablarse de víctimas en sentido amplio, como conjunto de ciudadanos inocentes por definición que se ven afectados por la amenaza y la acción terrorista en cualquiera de sus formas. No obstante, desde el punto de vista jurídico, víctima del terrorismo es quien es identificado como tal por una u otra vía⁴⁸⁰. Se incluyen por tanto asesinados, secuestrados, heridos o supervivientes de actos calificados jurídicamente como terroristas, pero también las viudas/os (desde 2005 también las parejas de hecho), los hijos y en muchos casos los padres que obtienen del Ministerio del Interior desde 2006, a través de la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo, algún tipo de ayuda, apoyo o prestación que les identifica como víctimas del terrorismo en sentido estricto⁴⁸¹.

El Estado viene haciéndose cargo de paliar la situación en que quedan las víctimas del terrorismo mediante una normativa que regula la protección,

479 REINARES NESTARES, FERNANDO: *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001, págs. 98-99.

480 Según recuento de COVITE (Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco), desde 1960 a 2010, ETA había asesinado a 952 personas, los Grupos de Extrema Derecha en el País Vasco a 38, el GRAPO a 83, el GAL a 28 y, otros grupos terroristas, entre los que se encuentran los de corte islamista, a 201. <http://www.covite.org/victimas-2/#2010>

481 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El apoyo institucional a las víctimas del terrorismo en España», en la obra colectiva *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas* (dir. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas y Gumersindo Guinarte Cabada, coord. Natalia Pérez Rivas y Eva M. Souto García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs.219 – 237; RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

reconocimiento, ayudas y resarcimientos de las víctimas del terrorismo de la que se ha dicho que constituye –como ha puesto de manifiesto VALDÉS ALONSO– un entramado legal muy complejo, tortuoso y asistemático⁴⁸².

Siguiendo al mencionado autor, pueden citarse las siguientes normas anteriores a la vigente Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo: el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero (RCL 1979, 314), *sobre protección de la seguridad ciudadana* (art. 7), formalmente desarrollado por el Real Decreto 484/1982, de 5 de marzo (RCL 1982, 625); la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre (RCL 1985, 3, 596), *contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución*, desarrollada mediante el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero (RCL 1986, 505), *por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas*; la Ley 33/1987, de 23 de diciembre (RCL 1987, 2660 y RCL 1988, 590), *de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988* (art. 64, posteriormente desarrollado por el Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre (RCL 1988, 2225), *por el que se regulan los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas*) La Ley 4/1990, de 29 de julio (RCL 1990, 1336 y RCL 1990, 1627), *de Presupuestos Generales del Estado para 1990*, a través de su *Disposición Adicional Decimosexta*, da una nueva redacción al art. 64 de la Ley 33/1987; La Ley 31/1991, de 30 de diciembre (RCL 1991, 3025) *de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992* (Disposición Adicional Decimonovena), desarrollada luego por el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio (RCL 1992, 1467), *por el que se regulan los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas*; la Ley 35/1995, de 11 de diciembre (RCL 1995, 3319), *de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos y contra la Libertad Sexual*, que incide en la

482 VALDÉS ALONSO, ALBERTO: «La protección social de las víctimas del terrorismo», Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. También en la base de datos aranzadidigital.es con ref. (BIB 2012, 3081).

regulación de esta materia en los apartados Dos y Tres de su Disposición Adicional Segunda; la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (RCL 1996, 3182), *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, cuya Disposición Derogatoria Única deroga todas las normas anteriores, estableciendo en su Capítulo III (arts. 93-96) un nuevo régimen de lo que la norma ahora denomina «*Ayudas a los afectados por delitos de terrorismo*»; siendo la primera norma que, con carácter general, aborda la problemática situación de las víctimas del terrorismo la Ley 32/1999, de 8 de octubre (RCL 1999, 2589), *de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo*, posteriormente modificada mediante la Ley 2/2003, de 12 de marzo (RCL 2003, 699); destacando finalmente el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo (RCL 2003, 735), que desarrolla la normativa en materia de resarcimientos y ayudas ordinarias a las víctimas del terrorismo, cuya regulación legal se contiene en el Capítulo III del Título II de la Ley 13/1996 (RCL 1996, 3182), de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*.

La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁴⁸³ se articula, como se señala en su Exposición de Motivos, “*bajo el principio de constituir un cuerpo legal unitario regula de manera unificada las prestaciones y ayudas económicas directas y todas aquellas que permitan que la incorporación a la vida familiar, social o laboral se realice en las mejores y óptimas condiciones posibles*” (...) “*respecto de quienes fallecieron y sus familiares, quienes sufrieron en su integridad, o en aspectos como los de sanidad, vivienda o empleo*”. Fue luego desarrollada mediante el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁴⁸⁴.

483 «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2011, páginas 100566 a 100592. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-15039

484 Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. «BOE» núm. 224, de 18 de septiembre de 2013, páginas 72190 a 72213. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9680

RODRÍGUEZ URIBES destacaría que la Ley 29/2011 es una ley integral porque unifica y deroga la legislación vigente hasta su entrada en vigor, armonizándola y actualizándola, reconociendo nuevos derechos y prestaciones sociales en favor de las víctimas del terrorismo y de sus familias. Se basa en los principios de solidaridad, en cuanto que actualiza el modelo indemnizatorio reparador de las leyes de 1996 y 1999 e igualdad (aproximada) garantizando un mínimo y un máximo indemnizatorio común respecto a la respuesta del Estado, proponiéndose asimismo la aplicación retroactiva de los nuevos baremos legales (lo que se concretará en la Disposición adicional primera de la Ley y la Disposición transitoria segunda del Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre), abonando la diferencia entre lo fijado en los mismos y lo percibido en el pasado por las víctimas y sus familias en los casos en los que estas cantidades sean inferiores, incluyendo tal aplicación retroactiva todos los actos acaecidos a partir del 1 de enero de 1960. En definitiva, vendría a fortalecer las dimensiones de dignidad, memoria justicia y reparación: las víctimas del terrorismo son víctimas de violaciones de derechos humanos, evita equidistancias morales o políticas, ambigüedades o neutralidades valorativas y recoge con absoluta claridad la existencia de víctimas y terroristas⁴⁸⁵.

La Ley 29/2011 tiene por objeto, según su art. 1, “el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista”.

Ofrece un concepto de “víctima del terrorismo”, al disponer en su art. 3 que será aplicable a “quienes sufran la acción terrorista, definida ésta como la llevada a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” y también a víctimas de actos dirigidos a alcanzar esos fines “aun cuando sus responsables no sean personas integradas en dichas organizaciones o grupos

485 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El apoyo institucional a las víctimas del terrorismo en España», en la obra colectiva *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas* (dir. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas y Gumersindo Guinarte Cabada, coord. Natalia Pérez Rivas y Eva M. Souto García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 219-237.

criminales”. Tras la reforma del Código Penal en materia de terrorismo llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, habrá que entender incluidas también entre las víctimas del terrorismo a los efectos de esta norma, a aquellas que hayan sido víctimas de tal fenómeno delictivo aun cuando se haya llevado a cabo persiguiendo también cualquier otra finalidad terrorista de las previstas en el art. 573 CP, y que fueron añadidas por dicha Ley. El Reglamento de desarrollo de la Ley añade que este criterio será igualmente aplicable a los hechos cometidos fuera del territorio español, “siempre que las víctimas sean de nacionalidad española y concurra, además, alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que los daños hayan sido causados por actos cometidos por grupos que operen habitualmente en España.

b) Que las acciones terroristas estuvieran dirigidas a atacar contra el Estado español o los intereses españoles”.

También se aplicará, conforme al Reglamento, a los participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de España en el exterior y sean objeto de un atentado terrorista. Todo ello respecto de los hechos que se hubieren cometido desde el 1 de enero de 1960.

En cuanto a quiénes sean titulares de derechos y prestaciones reconocidos en la Ley 29/2011, establece el art. 4 de la Ley que “se considerará titulares de los derechos y prestaciones regulados en la presente Ley a:

1. Las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista y que, a los efectos de la Ley, son consideradas como víctimas del terrorismo.

2. Las personas que, en el supuesto de fallecimiento de la víctima al que se refiere el apartado anterior, y en los términos y con el orden de preferencia establecido en el artículo 17 de esta Ley, puedan ser titulares de las ayudas o de los derechos por razón del parentesco, o la convivencia o relación de dependencia con la persona fallecida.

3. Las personas que sufran daños materiales, cuando, conforme a este artículo, no tengan la consideración de víctima de actos de terrorismo o de titular de ayudas, prestaciones o indemnizaciones.

4. Los términos del reconocimiento de la consideración de víctima o destinatario de las ayudas, prestaciones, e indemnizaciones serán los que establezca para cada una de las situaciones esta Ley y sus normas reglamentarias de desarrollo.

5. En el supuesto de fallecimiento, serán considerados como víctimas del terrorismo, exclusivamente a efectos honoríficos, de respeto, dignidad y defensa pública de estos valores, el cónyuge del fallecido o persona ligada con él por análoga relación de afectividad, los padres y los hijos, abuelos y hermanos. Todo ello sin perjuicio de los derechos, prestaciones, indemnizaciones y demás ayudas que les otorga la presente Ley.

6. Los familiares de los fallecidos hasta el segundo grado de consanguinidad, y las personas que, habiendo sido objeto de atentados terroristas, hayan resultado ilesas, a efectos honoríficos y de condecoraciones, sin derecho a compensación económica alguna”.

La condición de víctima del terrorismo a estos efectos deberá acreditarse conforme dispone el art. 3 del Reglamento de desarrollo:

“a) Por sentencia firme que reconozca el derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el ámbito de aplicación de la Ley.

b) Cuando, sin mediar tal sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o la incoación de los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos, en cuyo caso la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho”.

El art. 5 de la Ley dispone no obstante, en relación con los amenazados, que “Las personas que acrediten sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas, serán objeto de especial atención, en el marco de sus competencias, por parte de las Administraciones Públicas”, y el art. 5

del Reglamento establece que sólo tendrán derecho a la prestación por el Estado de las ayudas extraordinarias del apartado 4 del artículo 42 del mismo, y que consistirán en ayudas que faciliten el traslado de localidad, abandono de vivienda, gastos de escolarización y otros que guarden relación con dicha situación.

Sin ser éste lugar para realizar un estudio exhaustivo de la mencionada Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y su Reglamento de desarrollo, cabe mencionar que a la delimitación de los derechos y prestaciones que corresponden a las víctimas del terrorismo, determinadas en los términos del art. 4 de la Ley antes transcrito, se refiere el art. 14. El art. 15 establece la compatibilidad de las pensiones, ayudas y compensaciones con las que pudieran reconocerse en la Ley o en cualquier otra que pudieran dictar las Comunidades Autónomas, declarando que asimismo son compatibles con la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración, si bien aquéllas se imputarán a la indemnización que pudiera reconocerse por este concepto, detrayéndose de la misma. Estarán además exentas de cualquier gravamen tributario, conforme al art. 16. Seguidamente se refiere la Ley al resarcimiento por fallecimiento (art. 17) y resarcimiento por daños personales (art. 18) remitiendo en cuanto a la concreta cuantía a los Anexos a la Ley. En cualquier caso, hay que tener en cuenta la delimitación del derecho a la percepción de tales indemnizaciones conforme al art. 4 del Reglamento.

En materia de responsabilidades civiles, como expone la Exposición de Motivos de la propia Ley 29/2011, se ha procedido a *“unificar en esta Ley las prestaciones que hasta el momento actual venían reguladas de manera diferenciada en las leyes anteriores, a la vez que se ha incrementado su importe. Se mantiene el principio de asunción por parte del Estado del abono de las indemnizaciones fijadas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil señalando una cuantía específica para los supuestos de fallecimiento, gran invalidez, invalidez en sus diferentes grados y lesiones no invalidantes, de manera que todas las víctimas tengan garantizado un mismo trato indemnizatorio, evitando con ello posibles diferencias de trato económico ante situaciones iguales. Todo ello sin perjuicio de que las víctimas conservan el ejercicio de acciones civiles para poder reclamar a los responsables de los delitos las diferencias que se puedan derivar en el supuesto de que las indemnizaciones fijadas pudieran ser superiores a las asumidas por el Estado”*.

El art. 20 de la Ley se refiere al Abono por el Estado de la responsabilidad civil fijada en sentencia, pudiendo subrogarse el Estado en las acciones que los perceptores de las indemnizaciones y prestaciones puedan ejercer contra los responsables de los actos de terrorismo, conforme al art. 21 de la Ley y el art. 18 del Reglamento de desarrollo.

Para finalizar este apartado, por estar especialmente relacionado con el tratamiento del terrorismo en el ámbito procesal -no sólo por lo que se refiere a los investigados, sino también a las víctimas- cabe hacer referencia a las normas con incidencia en el ámbito procesal recogidas en el Título Quinto de la Ley 29/2011, que versa sobre “Protección de las víctimas en los procesos judiciales”, y que contiene un Capítulo Único, bajo cuya rúbrica “Principios rectores y derechos de la víctima de terrorismo ante los Tribunales españoles”, les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 48, si bien en condiciones similares a otras víctimas), a sufrir una mínima lesividad en la participación en el proceso (art. 49), a obtener información especializada (art. 50), señalando asimismo algunas de las funciones de la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional (art. 51).

2.2.4.2. Víctimas del terrorismo y prescripción

- Consideraciones previas. La víctima en el proceso penal.

Antes de adentrarnos en el estudio del papel de las víctimas del terrorismo y en qué medida la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte supone una medida que pretende en cierto modo la reparación del daño que directamente sufren y que el terrorismo causa indirectamente al conjunto de la sociedad, conviene ofrecer unas breves pinceladas acerca del papel de las víctimas en el proceso penal y de cómo la prescripción de los delitos puede causarles un daño añadido, tanto a ellas como al conjunto de la sociedad, privadas ambas de la posibilidad de obtener una declaración judicial que les reconozca su condición, sin perjuicio del posible reconocimiento administrativo de la condición de tal a las víctimas a efectos indemnizatorios.

En los comienzos de la humanidad –explica JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁸⁶–, la pena era venganza de sangre y estaba en manos de la familia, aunque la administrase en nombre del grupo, como vindicta colectiva; la lapidación demuestra este aserto. Cuando la pena adquiere el rango de sanción pública y tiene al jefe como titular, ese fenómeno terrible de imponer castigos se consideró como un derecho del Estado. Los filósofos y los juristas hablaron del *ius puniendi*.

VON LISZT puso de manifiesto la conexión existente entre el mundo de los bienes jurídicos, el delito y la pena, que requiere la consideración imparcial y desapasionada de la experiencia adquirida. Ésta se encuentra condicionada por la objetivación de las penas; es decir, por el traspaso de la función de la pena de los círculos inmediatamente interesados a órganos de examen imparciales y desinteresados. Una cierta objetivación se encuentra ya en la pena primitiva, pero en principio el paso decisivo se dio con el traspaso total de la pena al Estado, cuyo “predominio soberano y cuya objetividad desapasionada” (LAAS) posibilitan y aseguran un examen imparcial. *Con la objetivación incipiente de la pena ésta gana extensión y profundidad (...) La reflexión imparcial hace posible además el examen de los efectos de la pena. Se reconoce que la pena es un medio de protección del ordenamiento jurídico, (...) la pena se pone al servicio de la protección de bienes jurídicos.* La objetivación de la pena ha llevado a que tanto las exigencias de su imposición, como el contenido y la extensión de la reacción que se manifiesta como pena queden definidas y subordinadas a la idea de fin⁴⁸⁷. La acción instintiva necesaria se ha transformado así en acción voluntaria adecuada al fin.

Pero en la evolución del castigo desde la venganza privada a la pena institucionalizada no todo ha sido objetivación y búsqueda del bien común. Los Profesores FALCÓN Y TELLA explican, con cita de RUSCHE Y KIRCHHEIMER, cómo antes de la emergencia de las relaciones capitalistas y el poder estatal centralizado, en la Edad Media, tenía lugar la venganza privada o arreglo entre las partes directamente implicadas. Fue en los siglos XIV y XV cuando tuvieron lugar una

486 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 28.

487 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 63-67.

serie de cambios que transformaron el carácter privado del Derecho penal medieval en un instrumento de dominación, especialmente como la emergencia de poderes centralizados, que produjo la transferencia del poder de castigar de las comunidades locales a una autoridad central⁴⁸⁸.

Como escribe COBO DEL ROSAL, “baste recordar que lo que hoy llamamos pena nace justamente en el momento en que la organización política comienza a diferenciarse de la comunidad social. Esa concomitancia temporal no se debe al azar, sino a que la función de castigar es un atributo esencial del poder político y no pierde ese carácter por el hecho de que, en el Derecho penal moderno, por elementales razones de garantía, el Estado haya de someter el ejercicio de la pretensión punitiva a un régimen que, en muchos aspectos, se asemeja al de una pretensión privada”⁴⁸⁹.

ZAFFARONI⁴⁹⁰ añade un matiz más: el moderno *ius puniendi* del Estado surge en realidad cuando los señores comenzaron a confiscar a las víctimas. El poder punitivo del Estado, por tanto, no existió siempre, sino que apareció en diferentes momentos históricos y luego desapareció. Su instalación en forma irreversible hasta hoy data de los siglos XII y XIII europeos, pues hasta entonces, los conflictos se dirimían de otra manera. “Cuando un germano lesionaba a otro –explica ZAFFARONI–, el agresor se recluía en el templo (asilo eclesiástico) para evitar la venganza, y allí permanecía, mientras los jefes de sus respectivos clanes arreglaban la reparación que el clan del lesionado debía al del lesionado (*Wertgeld*), bajo amenaza de que, de no resolverse, se declaraban la guerra (*Blutrache* o *venganza de la sangre*)”⁴⁹¹.

488 Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 69.

489 COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 44.

490 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: «La criminología como curso», en su obra *En torno a la cuestión penal*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2005, págs. 1-37.

En el mismo sentido, FALCÓN Y TELLA cita a CHRISTIE (CHRISTIE, N.: «Conflicts as Property», en *The British Journal of Criminology*, 17, 1, págs. 1 a 15), que nos habla de una suerte de robo del conflicto a las víctimas del delito por parte del Estado. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 156.

491 Ciertamente, en la cultura germánica, como en la del resto de los ordenamientos jurídicos anteriores a la Edad Moderna, no puede hablarse de un verdadero Derecho penal, pues no existe otra cosa que la defensa de un orden dado, con lo que lo realmente construido en este espacio jurídico se limita a ser un sistema represor eficaz frente a los discrepantes por convicción o conveniencia de tal estado de

Continúa ZAFFARONI: “Otro de los métodos de solución del conflicto era resolver la cuestión por un juicio, que se dirimía por la intervención de Dios en persona, es decir, con *pruebas* de Dios y ordalías. El juez, en realidad, era una suerte de árbitro deportivo, que sólo cuidaba la transparencia e igualdad entre los contendientes, para permitir que Dios expresase la verdad. La más común de las ordalías era la contienda, lucha o combate judicial, el duelo entre las partes o sus representantes: el vencedor era el poseedor de la verdad”.

Pero todo esto cambió cuando el Estado, o los “señores” a que se refiere ZAFFARONI, comenzaron a *confiscar a las víctimas*⁴⁹²: “Los jefes de los clanes dejaron de arreglar las reparaciones, y dejaron los jueces su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (la víctima) fue sustituida por el señor (Estado o poder político) El señor comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas, afirmando la víctima soy yo. Así fue como el *poder político* pasó a ser también *poder punitivo* y a decidir los conflictos, sin contar para nada con la víctima, que hasta hoy desapareció del escenario penal.

Hasta tal punto el moderno proceso penal tendría su origen en esta confiscación de la víctima que el argentino no duda en afirmar que “el día que el poder punitivo restituya en serio a la víctima, pasará a ser cualquier otro modelo de solución de conflictos, pero dejará de ser poder punitivo, porque perderá su carácter estructural, que es su confiscación de la víctima”.

En el mismo sentido, MESSUTI⁴⁹³ explica que la evolución del derecho penal se caracteriza por el desplazamiento de la atención desde la víctima hacia el autor del delito, recordando que precisamente la “especificidad” de lo penal en relación con otros enfoques jurídicos consiste en el “apartamiento de la víctima”. De este modo, “el mérito que se atribuye al sistema penal es justamente haberle quitado a la víctima “la lanza del puño, impidiéndole así una eventual venganza”.

cosas. Cfr. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, JOSÉ MANUEL: *Breviario de Derecho germánico*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 83.

492 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: «La criminología como curso», en su obra *En torno a la cuestión penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 1-37.

493 MESSUTI, ANA: «La víctima y el “no-sujeto de Derecho”», en *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008, págs. 84 y ss.

Pues bien, la prescripción del delito, tal y como se encuentra configurada en nuestro Derecho, al determinar como estudiaremos no ya sólo la imposibilidad de condenar al responsable, sino la imposibilidad de juzgar los hechos, tiene el efecto de dejar desprotegida a la víctima del delito en un doble sentido: en primer lugar, porque se retrasa o se dificulta la obtención de las indemnizaciones que le puedan corresponder en concepto de responsabilidad civil derivada del delito. Si bien en la mayoría de legislaciones, la responsabilidad civil se halla regulada en leyes civiles ajenas al Código penal, y si imposición tiene lugar en un proceso civil distinto, en el Derecho español sucede lo contrario: el Código penal regula la responsabilidad civil derivada de delito y ésta se ventila en el mismo proceso penal, lo que resulta coherente con la consideración de la responsabilidad civil como un tercer instrumento de política criminal, junto con las penas y las medidas de seguridad⁴⁹⁴. No obstante, en el concreto caso de las víctimas del terrorismo, el adelanto de la indemnización por parte del Estado, subrogándose luego en la posición acreedora⁴⁹⁵ aminore este perjuicio.

Existe en la actualidad una tendencia totalmente justificada –como destaca MIR PUIG– a contemplar la reparación económica del daño causado como una de las exigencias que impone una adecuada consideración de la víctima –y no solo del delincuente– como uno de los protagonistas centrales del delito. En este sentido, recuerda que la Política Criminal no debería preocuparse únicamente del delincuente, sino también de dar satisfacción a la víctima⁴⁹⁶. Pero tal satisfacción, no debe limitarse a la indemnización económica.

494 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 46. Recuerda asimismo el autor que el Derecho vigente condiciona ciertos efectos penales, como la atenuación de la pena o la cancelación de los antecedentes delictivos a la satisfacción por el culpable de las responsabilidades civiles, siquiera sea junto a otras condiciones.

495 El art. 21 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo establece que “El Estado se subrogará en las acciones que los perceptores de las indemnizaciones y prestaciones recibidas en aplicación de esta Ley puedan ejercer contra los responsables de los actos de terrorismo hasta el límite de la indemnización satisfecha por el Estado. A estos efectos deberán, con carácter previo a la percepción de las ayudas y prestaciones, transmitir al Estado las acciones civiles correspondientes”. No obstante, “Los destinatarios de las indemnizaciones y prestaciones por terrorismo a quienes la sentencia judicial hubiera reconocido derechos de resarcimiento por un importe superior al recibido del Estado en aplicación de esta Ley, conservarán la acción civil para reclamar la diferencia a los responsables de la acción delictiva causante de los daños”.

496 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 46.

Enlazando con esto, tenemos en segundo lugar que, al dejar el delito sin juzgar, se vulnera el derecho de la víctima a conocer la verdad de lo sucedido, a que el Estado reconozca que los perjuicios que ha sufrido, quizás irreparables, no son fruto de la casualidad, sino que responden a unas causas determinadas y a la acción de personas concretas. La gravedad de la vulneración de este derecho es mayor en el caso concreto de las víctimas del terrorismo, pues su condición vicaria determina que tal derecho a conocer la verdad corresponda también al conjunto de la sociedad, como sujetos indirectamente perjudicados a través de las víctimas que lo han sido directamente.

En nuestra opinión, no existe razón para defender que la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte suponga una merma de garantías ni ninguna vulneración de derecho alguno para tales delincuentes. No existe un derecho del delincuente a la prescripción previo al que positivamente se recoja en la ley penal y, precisamente en los delitos de terrorismo como en ningún otro se aprecia el sinsentido que puede conllevar la prescripción cuando el delincuente no ha dado muestra alguna de arrepentimiento, el delito ha causado daños irreparables, quizás con múltiples víctimas y la organización o grupo terrorista en que se integraba sigue activa y persiguiendo sus finalidades con métodos violentos y de este modo la amenaza continúa latente (elemento estructural como elemento comunicativo).

- La prescripción de los delitos de terrorismo desde la perspectiva de las víctimas.

Tiene razón RAGUÉS I VALLÉS cuando comienza su monografía sobre la prescripción penal afirmando que pocas instituciones del Derecho penal gozan de peor fama entre la opinión pública que la prescripción de los delitos y de las penas. Cuando esta figura aparece en los medios de comunicación suele presentarse como una suerte de subterfugio legal que, gracias a la inoperancia de la administración de justicia, permite escapar indemnes del castigo a procesados de cuya culpabilidad existen a menudo pruebas abundantes⁴⁹⁷.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que “*La institución de la prescripción, en general, encuentra su propia*

497 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 15.

*justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 C. E., puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C. E.) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el art. 25.2 C. E. asigna a las penas privativas de libertad*⁴⁹⁸.

Resulta claro que al contraponer la idea de justicia a la de seguridad jurídica, se está identificando ésta con su consecuencia de la impunidad del delito, reduciendo por otro lado la idea de justicia a la de castigo. Sin embargo, también podría entenderse que se hace justicia aunque no se retribuya al delincuente con una pena efectiva, si se ha perdido la necesidad de la misma por el transcurso del tiempo acompañado de otras circunstancias que denoten la innecesaridad del castigo, pero siempre que la víctima sea compensada y la declaración institucional de condena al acto terrorista mediante resolución judicial quede clara.

Quizás, como afirma GONZÁLEZ TAPIA, la prescripción sea un fenómeno aceptable, siempre que cumpla dos condiciones: que no ponga en tela de juicio la capacidad del sistema y que no destruya la confianza de los poderes públicos en la lucha contra el delito⁴⁹⁹.

Pero si atendemos a los delitos de terrorismo, vemos cómo efectivamente, al producirse la prescripción, se vulneran las dos condiciones requeridas por la citada autora: en primer lugar, se da la circunstancia de que el terrorismo precisamente ataca al sistema poniendo en entredicho la labor de las Fuerzas de Seguridad no ya tanto desde el punto de vista de la persecución como de la prevención del atentado. La prescripción

498 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre (RTC 1990, 157).

499 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 81-82.

del delito viene a ser un segundo mal que se produce muchos años después, sin perjuicio de las secuelas para las víctimas supervivientes y del recuerdo en la sociedad, que los medios de comunicación se encargarán de mantener vivo. Por otro lado, la propia dificultad para perseguir a los autores de estos delitos, integrados en estructuras complejas con grandes medios, puede hacer dudar de la capacidad operativa del Estado para combatir este fenómeno.

Y es que, como reconoce GONZÁLEZ TAPIA, “la prescripción supone, ante todo, un fracaso de la maquinaria represiva del Estado, muy celebrado por parte del inculpado pero no siempre comprendido y aceptado por la víctima y la comunidad en su conjunto, los cuales encuentran en este fenómeno una razón más para desconfiar del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia”⁵⁰⁰.

Por eso, parece que, pudiendo aparecer justa la prescripción desde el punto de vista del delincuente –habiendo transcurrido un lapso de tiempo más o menos largo desde la comisión del delito–, es claro que la idea de justicia no se atisba desde la perspectiva de la víctima, que queda desprotegida, no ya sólo porque la prescripción dificulte con carácter general la posibilidad de que las víctimas perciban las responsabilidades civiles a que tienen derecho (con el consiguiente retraso que supone tener que acudir a la jurisdicción civil), problema éste que en el concreto caso del terrorismo se ve mitigado por las normas sobre la materia, hoy Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y Reglamento de desarrollo. En materia de terrorismo, resulta especialmente injusta la prescripción porque priva a la víctima y al conjunto de la sociedad de la posibilidad de conocer la verdad de lo ocurrido, de obtener una resolución judicial que declare que existe un responsable de los daños sufridos. Como bien ha puesto de manifiesto SUBIJANA ZUNZUNEGUI, en relación con las víctimas del terrorismo, la configuración de la prescripción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como obstáculo procesal “cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente, excluye un

500 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 80.

pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron”⁵⁰¹.

Desde luego, de forma prospectiva, todos estos problemas se resolverían con la declaración de imprescriptibilidad de todos estos delitos. Decimos de forma prospectiva porque las modificaciones legales en materia de prescripción, como la que introdujo la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en el Código Penal lo es de una norma sancionadora con efectos desfavorables para el reo, y no podrá ser aplicada retroactivamente, por así prohibirlo la Constitución en su art. 9.3 y el principio de legalidad que recoge el art. 2 del Código Penal. No obstante, cabe en este punto cuestionarse si se trata de una medida necesaria para lograr los efectos pretendidos, pues si se reconoce que la prescripción es una institución valiosa, quizás lo que habría que hacer es compatibilizar sus efectos deseables con los derechos de las víctimas, especialmente en los delitos de terrorismo. Para ello, sería necesario abandonar la visión del proceso penal que únicamente lo concibe como instrumento para imponer penas y que por tanto centra toda su atención en la figura del delincuente⁵⁰².

En este sentido, SUBIJANA ZUNZUNEGUI considera que la justicia a las víctimas pudiera concebirse con un contenido mínimo, con un contenido medio y con un contenido máximo. Existiendo fundamento probatorio para ello, el contenido mínimo se vincularía a la necesidad de que una autoridad institucional neutral (dotada, por lo tanto, de independencia e imparcialidad) declare públicamente el reproche por el hecho injusto y culpable cometido, individualice y reconozca las víctimas producidas, y obligue a la reparación del daño causado a las mismas. El contenido medio añadiría la exigencia de imposición de una pena. El contenido máximo exigiría, además, la efectiva ejecución de esa pena⁵⁰³. Atendiendo a tales parámetros, el instituto de la prescripción

501 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N.º. 23, 2009, págs. 79-86.

502 Por eso, pese a la importancia que ETXEBERRÍA MAULEÓN reconoce al acto del juicio, al “relato judicial”, que ya no es el “autorrelato” de las víctimas sino “heterorrelato de una autoridad que tiene poder, con consecuencias para los implicados que no cabe eludir”, debe reconocer que “El peso de la narración que el juez busca configurar recae, de todos modos, no ya sobre la víctima sino sobre su potencial violentador”. ETXEBERRÍA MAULEÓN, XAVIER: «Identidad como memoria narrada y víctimas del terrorismo», Bakeaz, Bilbao, 2009, pág. 13.

503 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una

debería preservar, cuanto menos, el contenido mínimo, si quiere ser respetuoso con una exigencia indeclinable en un orden democrático: la debida justicia a las víctimas, que no admite el olvido injustificado de su dolor. De esta forma, la garantía de este contenido mínimo no evitaría que la prescripción del delito –que pudiera estar justificada en determinados casos atendiendo a la falta de necesidad de pena⁵⁰⁴– no sería óbice para un pronunciamiento expreso sobre el injusto culpable del autor.

Incluso desde el punto de vista de la lucha policial, tampoco cabe obviar que de la celebración del juicio oral podría derivarse también el conocimiento de valiosos datos que sirvan para mejorar la lucha policial contra el terrorismo o para aclarar la comisión de otros delitos, terroristas o no, pues cada vez son mayores las conexiones entre organizaciones terroristas y otras organizaciones o grupos criminales dedicados a la comisión de otros delitos (narcotráfico, falsificaciones, etc.), pudiendo ser cometidos también estos delitos por las propias organizaciones terroristas como modo de financiación.

Sin embargo, como pone de manifiesto SUBIJANA ZUNZUNEGUI, con la actual legislación en materia de prescripción, este mínimo axiológico puede alcanzarse con la regulación del Código Penal, pero el tratamiento conferido a la mentada institución por la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo hace, hoy por hoy, imposible⁵⁰⁵.

Tal apartamiento de la víctima del proceso penal es una de las consecuencias que se sigue arrastrando de la regulación liberal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que, aunque, con múltiples parches, es la que continúa vigente en España y que, pese a que en su época supuso un verdadero avance hacia un moderno Derecho penal, hoy en día aparece desfasada en muchos aspectos. Uno de ellos es el de la prescripción del delito, que desde 1882 viene configurada como un “artículo de previo

exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N.º. 23, 2009, págs. 79-86.

504 En este sentido, SUBIJANA ZUNZUNEGUI estima que la declaración del injusto culpable no seguida de pena (por prescripción) pudiera ser suficiente, en casos de transcurso de un largo período de tiempo desde la comisión del hecho, para satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y el interés de la comunidad en conocer lo acontecido. Cfr. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N.º. 23, 2009, págs. 79-86.

505 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N.º. 23, 2009, págs. 79-86.

pronunciamiento” alegable a instancia de parte antes del inicio de las sesiones del juicio oral y que, de estimarse, impediría la prosecución del juicio.

De esta manera, la declaración de prescripción del delito cierra las puertas a que la responsabilidad civil derivada de su comisión pueda ventilarse en el mismo proceso penal, obligando a las víctimas a acudir al proceso civil, por lo general más lento y costoso, para poder ser resarcida económicamente.

En el caso de las víctimas del terrorismo, es cierto que la asunción del Estado de las responsabilidades civiles, subrogándose luego en la titularidad del derecho de crédito nacido de la sentencia que declare la responsabilidad civil derivada del delito hasta el límite de la indemnización satisfecha (art. 21 Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo) palia con mucho esta situación de abandono de las víctimas, que en tiempos pasados llegara a ser insoportable.

Pero los derechos de las víctimas de delitos (incluidas las víctimas del terrorismo) no deberían verse reducidos a la percepción de una mera compensación económica, casi siempre de forma tardía. En los casos de delitos violentos, más traumáticos, y en que la víctima no puede ser restituida *in natura* sino únicamente compensada mediante el cobro de una indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, el ordenamiento jurídico también debería reconocerles el derecho a conocer la verdad de lo sucedido.

Se ha dicho que la Exposición de Motivos de la Ley 29/2011 de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, hace también referencia a la *“memoria, dignidad, justicia y verdad”*, como *“ideas fuerza que fundamentan el dispositivo normativo recogido en la presente Ley buscando en última instancia la reparación integral de la víctima”*, añadiendo que *“De acuerdo con estos cuatro principios fundamentales, el Estado reitera su compromiso de perseguir la derrota definitiva, incondicional y sin contrapartidas del terrorismo en todas sus manifestaciones”*.

Sin embargo, la finalidad reparadora que guía las medidas legislativas adoptadas desde el punto de vista asistencial para con las víctimas del terrorismo no tiene su reflejo en el ámbito procesal, a pesar de las escuetas declaraciones del Título Quinto de

la Ley 29/2011, que en la práctica, no fija mayores derechos para las víctimas del terrorismo que los reconocidos con carácter general a las víctimas de cualquier delito.

Llegados a este punto, cabe llamar la atención acerca de la regulación de la prescripción de los delitos, principalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se configura más como un derecho del delincuente que como una institución valiosa para los intereses del Estado y que, en el caso de los delitos de terrorismo, como olvido institucionalizado del delito cometido que podrá producirse por el transcurso de los plazos legalmente previstos (salvo si hubieren producido la muerte de una persona), va en contra de las ideas de memoria, dignidad, justicia y verdad antes mencionadas.

El olvido, que relega lo pasado a la no existencia, puede ser conveniente tratándose de delitos poco graves, que han causado un daño leve o quizás inexistente, consistente únicamente en el riesgo para un bien jurídico que no haya llegado a materializarse. El olvido que fundamenta la prescripción de los delitos poco graves es acorde con la naturaleza humana, que tiende a recordar las experiencias agradables y olvidar las desagradables. También es útil para la Administración de Justicia que, mediante la prescripción de los delitos poco graves y cometidos hace tiempo, puede dar por zanjado el asunto, dedicando sus esfuerzos a otros menesteres.

En relación con los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis, JANKELEVICH afirmaría que “Cuando no se puede «hacer» nada, por lo menos se puede *sentir*, incansablemente. Sin duda, esto es lo que los brillantes abogados de la prescripción llamarán nuestro resentimiento, nuestra impotencia para liquidar el pasado. Por cierto, ¿alguna vez ese pasado fue para ellos un presente? El sentimiento que experimentamos no se llama rencor, sino horror: insuperable horror ante lo sucedido, horror ante los fanáticos que lo perpetraron, los amorfos que lo aceptaron, los indiferentes que ya lo hayan olvidado. Tal, nuestro «resentimiento». Porque el «resentimiento» es una protesta contra una amnistía moral que no es sino una vergonzosa amnesia; nutre la llama sagrada de la inquietud y de la fidelidad a lo invisible. El olvido sería aquí una grave afrenta a quienes murieron en los campos y cuyas cenizas están para siempre mezcladas con la tierra; sería una falta de seriedad y dignidad, una frivolidad vergonzosa”⁵⁰⁶.

506 JANKELEVITCH, VLADIMIR: *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*,

Ante el terrorismo, el olvido de la sociedad no se materializa en que los individuos sigan comportándose como antes, defendiendo sus mismas ideas y siguiendo con su vida como si el crimen nunca hubiese sucedido, sino en renunciar a las anteriores posiciones, dando la espalda a las víctimas que lo han sido por lo que simbolizan para los terroristas, y que han sido atacadas en representación de un sector más amplio de la sociedad (o incluso de la sociedad entera, como ocurre en el caso del terrorismo yihadista).

Precisamente porque el olvido de lo sucedido facilita que los terroristas pueden lograr acercarse a sus objetivos políticos, obteniendo los resultados de amedrentamiento buscados por sus crímenes y porque las víctimas tienen derecho a olvidar⁵⁰⁷, el resto de la sociedad no debería caer también en el mismo olvido.

Por eso, tratándose de las víctimas del terrorismo, como bien expresa ETXEBERRÍA MAULEÓN⁵⁰⁸ “hay un «deber de no olvidar», un «deber de memoria», cuando ésta es condición de posibilidad de la verdad, el reconocimiento, la reparación, la justicia a las que las víctimas tienen derecho”.

Además, el olvido de las víctimas, como afirma SANCHO VELÁZQUEZ, “nos hace aliados de los objetivos de los terroristas, pues facilita que la atención se centre en sus supuestos objetivos políticos, es decir en el mensaje que ellos quieren transmitir, desviándolos de lo que debería ser el foco, su condición de criminales y de principales responsables de las mermas a los derechos que padecemos. Restituyendo la voz de las víctimas, les privamos de esta victoria y podemos contribuir, además, a deslegitimar la

Traducido del francés por Mario Muchnik, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, pág. 64.

507 ETXEBERRÍA MAULEÓN lo explica así: “Si en la víctima se da no tanto el peligro de no olvidar, como el de quedar atrapada en el pasado, en el ciudadano corriente, en muchos de nosotros, e incluso en las instituciones, el peligro es el de olvidar: el olvido puede parecernos más tranquilo, menos comprometido, hasta más ventajoso. Por eso, si la víctima, como vimos, precisaba hacer un trabajo que la llevara del recuerdo que es afectación pura a la rememoración de la iniciativa, quien no es víctima está llamado a activar sus rememoraciones, haciéndose eco de la memoria de las víctimas, de modo tal que el olvido resulte imposible”. ETXEBERRÍA MAULEÓN, XAVIER: «Identidad como memoria narrada y víctimas del terrorismo», Bakeaz, Bilbao, 2009, págs. 6-7.

508 ETXEBERRÍA MAULEÓN, XAVIER: «Identidad como memoria narrada y víctimas del terrorismo», Bakeaz, Bilbao, 2009, pág. 6.

ideología de los terroristas, incluso allí donde su mensaje terrorista puede haber encontrado eco”⁵⁰⁹.

De este modo, mediante normas jurídicas como las que establecen la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, al evitarse que oficialmente se olvide lo sucedido, tanto en el plano meramente social como en el judicial (que por influencia de los medios de comunicación viene a su vez a refrescar la memoria social) en el caso del País Vasco se evita también –como señala ALONSO PASCUAL– el ventajismo político de una opción como la representada por el nacionalismo democrático en la Comunidad Autónoma vasca puede extraer mediante el “debilitamiento del rival” provocado por los crímenes y las acciones terroristas⁵¹⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma de la imprescriptibilidad prevista en el art. 131.3 párrafo segundo del Código Penal –que no obstante se limita a los delitos con resultado de muerte–, debería completarse, como más adelante se explicará, con una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que favoreciese el enjuiciamiento de cualquier otro delito de terrorismo, aunque luego en función de otros factores como el tiempo transcurrido y el comportamiento posterior del reo la pena estatal pudiera quedar sin ejecutar si hubiese fundamento para ello. Y es que, tratándose de delitos de terrorismo, puede que haya desaparecido la necesidad de pena, pero nunca la necesidad de juicio. A decir de ETXEBERRÍA MAULEÓN, el juicio es, institucionalmente, “un relato que fija públicamente una memoria que es la expresión más oficial de la verdad de lo juzgado”⁵¹¹.

509 SANCHO VELÁZQUEZ, JAVIER: «Victimas del terrorismo: Un deber moral y político», en Boletín Informativo del Comité Interamericano contra el Terrorismo - Informe nº 62, págs. 2 y 3.

510 ALONSO PASCUAL, ROGELIO: «El terrorismo», en *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 21-34 (25 y 26).

511 ETXEBERRÍA MAULEÓN, XAVIER: «Identidad como memoria narrada y víctimas del terrorismo», Bakeaz, Bilbao, 2009, pág. 13.

3. EL TERRORISMO COMO ELEMENTO DISTORSIONADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

El terrorismo supone también un importante elemento de distorsión del ordenamiento jurídico, que, además de la relativa a la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, prevé multitud de normas especiales en relación con estos crímenes, fundamentalmente de índole procesal.

Resulta por ello de suma importancia la delimitación del concepto jurídico de “terrorismo”, pues la calificación siquiera indiciaria de un hecho como terrorista es el presupuesto de aplicación de esas normas especiales.

3.1. El terrorismo como elemento desestabilizador de la sociedad. La búsqueda de la reacción mediante de la acción.

Es sabido que el terrorismo trata de desestabilizar al conjunto de la sociedad sobre la que actúa mediante el uso de la violencia como método para lograr sus finalidades políticas. JOSÉ MARÍA BENEGAS, en su *Diccionario de Terrorismo*, dentro de la definición de “*eficacia del terrorismo*”, se refiere a las disfunciones que este fenómeno produce en la sociedad: “en función exclusiva de los efectos que produce, es cierto que el terrorismo pone en marcha toda una serie de disfunciones sociales. El retraimiento de la sociedad civil, el desplazamiento de las discusiones políticas a un terreno emocional en el que cualquiera puede ser culpable, la creación de multitudes anónimas en las que penetra poco a poco la resignación para adaptarse a un mal menor, la agudización de las contradicciones sociales y políticas, la polarización de actitudes como consecuencia del sentimiento que el terrorista se encarga de extender de la inutilidad de lo complejo, van caracterizando progresivamente la sociedad en la que el terrorismo se enquist. La continuidad de los atentados impone un clima de facticidad cotidiana del poder en su más directa expresión que acaba quebrando la ética social, las apelaciones culturales y las manifestaciones políticas”⁵¹².

Es sabido, además, que los terroristas hacen uso de los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico precisamente para atacarlo. Como observa

512 BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 157.

CANCIO MELÍA, el terrorismo se manifiesta en comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión, aunque no en el sentido de lo que suponga un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales, sino ante todo, en un determinado plano simbólico⁵¹³.

De este modo, ante el desbordamiento que la violencia terrorista supone para los ciudadanos, se corre el riesgo de que se produzca, como apunta BENEGAS, una reacción igualmente violenta, “contaminando el cuerpo social”. “El ciudadano medio se enfrenta a una situación que no puede valorar con arreglo a sus criterios morales, pura y simplemente porque el terror ha logrado, en ámbitos paulatinamente más extensos, que no funcionen. Las delaciones interesadas, la negación de ayuda a las víctimas, las negativas a sumir responsabilidades en la administración de justicia, la aparición de neutralidades precavidas en instituciones clave crean un clima en el que surge la tentación de recurrir directamente a la violencia y el terrorismo contamina el cuerpo social si logra que la respuesta se sitúe en sus mismos términos de violencia cuantitativa”⁵¹⁴.

De este modo, se corre el peligro de entrar en una espiral violenta de acción-reacción. En el Catecismo Revolucionario puede leerse lo siguiente: “La Asociación (revolucionaria) no tiene otro objetivo que la completa liberación y felicidad del pueblo, de la clase trabajadora. Pero con el convencimiento de que esa liberación y el logro de esa felicidad no son posibles más que por medio de una revolución popular que tiene que destruirlo todo, la Asociación se dedicará con todas sus fuerzas y recursos a

513 “En el caso de España, -añade- ETA no sólo mata, hiere y secuestra, sino que pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España”. Cfr. CANCIO MELÍA, MANUEL: «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. - CANCIO MELÍA, M.: *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 94-97.

514 BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 157, definición de “eficacia del terrorismo”.

En la definición de “estrategia del terrorismo”, BENEGAS distingue diferentes niveles en las estrategias del terrorismo. En primer lugar, por sus fines, que pueden concretarse esencialmente en dos: desestabilización del Estado que se intenta derrocar y control progresivo de los comportamientos políticos de los miembros de la sociedad que interactúan en ese Estado. Estas dos finalidades, desestabilizar y controlar, materializan, pues, dos objetivos, fundamentales y complementarios: el Estado y la población. El terrorismo se mueve en una dinámica entre estos dos polos. No es posible desestabilizar un Estado sin un cierto grado de conquista previa de la población o control de sus comportamientos políticos. Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 174.

desarrollar y extender las desgracias y los males que deben agotar la paciencia del pueblo a fin de empujarlo a un levantamiento popular”⁵¹⁵.

En este sentido, DE LA TORRE MARTÍNEZ pone de manifiesto cómo el empleo de la violencia terrorista en un contexto revolucionario ha provocado, sobre todo en regímenes autoritarios, un círculo vicioso de violencia represora que, a su vez, hace elevar el grado y la crueldad de la violencia revolucionaria⁵¹⁶.

Los insurgentes que quieren subvertir el Estado saben que no pueden hacerlo por sí mismos, que requieren de un apoyo popular del que carecen. Para recabarlo es necesario forzar la situación de modo que el gobierno establecido acabe actuando como un gobierno injusto, déspota y cruel. De acuerdo con este plan, el terrorismo de los insurgentes provocaría la represión que a su vez serviría para que la población reprimida terminara otorgando a los terroristas la legitimidad que antes le negaban⁵¹⁷.

En España, esta espiral de acción-reacción ha sido buscada por ETA, combinando sus atentados con la estrategia política, y pretendiendo recabar así el necesario apoyo social a sus reivindicaciones políticas. En la IV Asamblea de ETA, celebrada en agosto de 1965, se aprobó las bases teóricas de la guerra revolucionaria:

515 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 116-117, definición de “Catecismo revolucionario”.

516 DE LA TORRE MARTÍNEZ, JOSÉ: «La guerra subversiva o revolucionaria», en *Guerra, Moral y Derecho*, varios autores, Editorial Actas, Madrid, 1994, págs. 137 y ss. (154).

Por su parte, FERNÁNDEZ DE LA CIGOSA lo explica de la siguiente manera: En la dinámica terrorismo-revolución, “todos los argumentos y todos los métodos son válidos, pudiendo emplearse conjunta o alternativamente según las circunstancias. Así, a veces se manifestara en la acción electiva contra personas o cosas representativas del régimen o sistema atacado, distanciándose del ataque indiscriminado a fin de presentarse como justos defensores de un orden de cosas que el sistema agredido rechaza o persigue. En otras ocasiones intentará presentar al sistema como agresor mediante algún acto de este; para ello buscará una provocación –si es posible efectuada con gran participación de gente ajena que pueda presentarse como víctima inocente– a la cual deba responder, para conservar el orden, con un acto de fuerza; entonces, se le mostrará como agresor, que es lo que se pretendía y se justificará la actuación propia como una reacción de legítima defensa. En otras, se argumentará que las estructuras son las culpables, y todos los que no apoyen la actividad terrorista, son cómplices de esa situación, por lo que no hay víctimas inocentes y, por consiguiente, está justificado cualquier atentado”. Cfr. FERNÁNDEZ DE LA CIGOSA, MARÍA DEL CARMEN: «El Terrorismo», en *Guerra, Moral y Derecho*, VV.AA., Editorial Actas, Madrid, 1994, págs. 162 y ss. (167).

517 Tal es la necesidad de apoyo social que, cuando una organización terrorista no se asegura el reconocimiento moral y el consiguiente apoyo de un mínimo sector de simpatizantes, su capacidad de supervivencia es escasa y sus propios militantes pueden acabar perdiendo la fe en su causa o en sus métodos. Por ello, los terroristas están obligados a realizar un esfuerzo intenso y constante de argumentación ideológica con el fin de presentar su violencia como una actividad legítima. Cfr. DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, págs. 50 y 231.

“Supongamos una situación en la que una minoría organizada asesta golpes materiales y psicológicos a la organización del Estado, haciendo que éste se vea obligado a responder y reprimir violentamente la agresión. Supongamos que la minoría organizada consigue eludir la represión y hacer que ésta caiga sobre las masas populares. Supongamos, finalmente, que dicha minoría consigue que en lugar de pánico surja la rebeldía en la población de tal forma que ésta ayude y ampare a la minoría en contra del Estado por lo que el ciclo acción-represión está en condiciones de repetirse, cada vez con mayor intensidad”⁵¹⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido también a un ciclo de acción-represión-acción en la actividad de ETA⁵¹⁹. Los GAL son una muestra de que en cierto modo lo consiguió. En este sentido, REINARES afirma que los crímenes de los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL) hacia mediados de los años ochenta contribuyó decisivamente a que ETA renovara buena parte de sus bases sociales de sustentación y persistiera así con más facilidad a lo largo del tiempo⁵²⁰. Por su parte, AVILÉS FARRÉS afirma que “quizás no sea una pura coincidencia que el porcentaje de la población vasca que según las encuestas rechazaba totalmente a ETA, descendiera de 1982 a 1987 para elevarse considerablemente a partir de esa fecha”, cuando comenzaron a conocerse las acciones de los GAL⁵²¹.

Pero aunque el terrorismo necesita por un lado apoyo social a su causa, por otro lado, el éxito de la acción terrorista que determina que la acción se pretenda repetir⁵²²

518 Texto citado en AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 22.

519 En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 1 de mayo 2011 (RJ 2011, 7365) se hace un rápido análisis de las fases estratégicas por las que ha pasado ETA, señalando el ciclo comprendido entre 1965-1974 como el de “acción-represión-acción”. Anteriormente (1961-1965) la estrategia habría sido la de “guerra revolucionaria”. Con posterioridad, el ciclo comprendido entre 1974-1992/95 correspondería a la “línea negociadora” y el comprendido entre 1995 y 2009 se califica de “acción alternativa en busca de un acuerdo táctico y estratégico (Estado español/Euskal Herria)”.

520 REINARES NESTARES, FERNANDO: *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001, pág. 114.

521 AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010, pág. 44.

522 Como pone de manifiesto DE LA CORTE IBÁÑEZ, el terrorismo no se ejercita mediante operaciones únicas o inconexas, sino a través de una sucesión seriada y sistemática de atentados y

radica, en gran parte, en que logre su finalidad de causar terror en la población. Como explica GARCÍA-TREVIJANO, “La acción aterradora se frustraría, y no se repetiría, si no contara de antemano con el concurso indefectible de la reacción aterrada en la sociedad que la sufre. La acción-reacción constitutiva del terrorismo está basada en las conocidas leyes de propagación del miedo colectivo. Concretamente, en la calculada desproporción que el terror necesita establecer, para devenir efectivo, entre los pocos damnificados por la acción terrífica y los muchos afectados por la reacción terrificada. El factor activo del terror aumenta su potencia en la exacta dimensión que alcance su eco de miedo y de impotencia en el factor pasivo del binomio terrorista”⁵²³. En sentido similar, DE LA CORTE IBÁÑEZ afirma que el terrorismo sólo puede acarrear victorias allí donde sus reducidos daños materiales se traduzcan en intensas reacciones psicológicas y, por efecto de éstas, en un clima social o en alguna decisión que resulte favorable a los intereses de los terroristas o de sus patrocinadores⁵²⁴.

Como sostiene MARTHA CRENSHAW, “el terrorismo seguirá sirviendo a cuatro fines de gran utilidad para los extremistas de cualquier tendencia ideológica: provocar una reacción desproporcionada de un gobierno defensor; polarizar la sociedad en dos bandos, «nosotros» y «ellos», movilizar el entusiasmo y el apoyo popular, y obligar a los gobiernos defensores a retirar sus compromisos infringiéndoles dolor, especialmente a los civiles. Una estrategia eficaz de lucha antiterrorista tratará de evitar rendirse ante esta lógica”⁵²⁵.

amenazas. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 43.

523 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «El binomio terrorista», Diario “La razón”, lunes 11 de junio de 2001.

524 DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 48.

525 Como sostiene MARTHA CRENSHAW (*¿Está Estados Unidos ganando la guerra global contra el terrorismo?*, en VV.AA.: *Las democracias occidentales frente al terrorismo global*, Ariel, Barcelona, 2008, pág. 39) citada por RODRÍGUEZ URIBES, “el terrorismo seguirá sirviendo a cuatro fines de gran utilidad para los extremistas de cualquier tendencia ideológica: provocar una reacción desproporcionada de un gobierno defensor; polarizar la sociedad en dos bandos, «nosotros» y «ellos», movilizar el entusiasmo y el apoyo popular, y obligar a los gobiernos defensores a retirar sus compromisos infringiéndoles dolor, especialmente a los civiles. Una estrategia eficaz de lucha antiterrorista tratará de evitar rendirse ante esta lógica”. Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 87.

3.2. La respuesta del ordenamiento jurídico al fenómeno del terrorismo

Ante la intencionalidad desestabilizadora del terrorismo, así como ante lo repetitivo de sus actos y las consecuencias desastrosas e imprevisibles⁵²⁶ que ocasiona, tanto en el plano internacional como los ordenamientos internos se ha sentido la necesidad de implantar mecanismos jurídicos excepcionales para luchar contra el fenómeno. Tales mecanismos de excepción se materializan, principalmente, en determinadas restricciones de derechos fundamentales o en el establecimiento de limitaciones en su ejercicio, que tienen también su reflejo tanto en el ámbito del Derecho sustantivo como en el procesal.

En el plano internacional, incluso los principales tratados de protección de los derechos humanos prevén la posibilidad de limitar la vigencia de tales derechos cuando se trata de enfrentarse al fenómeno terrorista. El art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁵²⁷ autoriza incluso a suspender los compromisos contraídos en el propio Pacto, disponiendo que:

“En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

526 Como pone de manifiesto TOWNSHEND, a diferencia de la guerra, donde predomina el combate, “la esencia del terrorismo reside claramente en la negación del combate, porque los ataques contra sus objetivos se perpetran de modo tal que inhiben la autodefensa”. TOWNSHEND, CHARLES: *Terrorismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pág.17.

527 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977. Publicado en BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733

En este mismo sentido, también el art. 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950⁵²⁸ prevé que

“En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Y una disposición equivalente a la mencionada se encuentra también en el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica)⁵²⁹.

528 Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito de su Instrumento de Ratificación, de conformidad con el artículo 66, 3, de dicho Convenio. El Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, fue publicado en el «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Posteriormente, fue aprobada la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 fue publicada en «BOE» núm. 108 de 06 de Mayo de 1999, con vigencia desde el 26 de Mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>

529 Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) en San José (Costa Rica) celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969. El citado art. 27, bajo la rúbrica “Suspensión de garantías”, dispone lo siguiente:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente

Dentro de nuestro ordenamiento interno, ese Derecho excepcional encuentra su legitimación constitucional en lo que la doctrina ha denominado previsión de “Derecho penal de emergencia”⁵³⁰. La propia Constitución de 1978, que dispone en el apartado 2º de su art. 55 (el único que comprende el Capítulo V del Título I, dedicado a la suspensión de los derechos y libertades) que:

“Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

Al amparo de esta disposición, se han dictado diversos preceptos que han introducido modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como no podía ser de otra manera al estar encomendado constitucionalmente a la autoridad judicial la posibilidad de restringir los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (arts. 18.2 y 18.3 de la Constitución). Cabe advertir, con LAMARCA PÉREZ, que esta legislación sobre terrorismo dictada al amparo del apartado 2º del art. 55 de la Constitución, aunque en ocasiones se califique de “excepcional” pretendiendo con ello subrayar que se aparta de los principios generales del ordenamiento punitivo, al dispensar un tratamiento diferente –y en la mayoría de los casos agravatorio–, a determinadas conductas delictivas cuando en ellas aparece el elemento terrorista, no se trata de un verdadero Derecho excepcional vinculado a situaciones anómalas de la vida del Estado (los estados excepcionales a que se refiere la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de

a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

530 Así, LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 839.

junio, de los estados de alarma, excepción y sitio), sino de medidas que aparecen integradas por completo en nuestro sistema penal “como algo normal y permanente”⁵³¹. Claro que también puede decirse que la presencia del fenómeno terrorista es algo normal y permanente en nuestra sociedad o si se quiere, no un fenómeno coyuntural, sino estructural⁵³², aunque la labor en la sombra de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, evitando la comisión de posibles atentados, haga que en las más ocasiones no nos percatemos constantemente de ello.

Asimismo, también aparecen fragmentos de legislación antiterrorista en otras normas como el Código Penal, en este caso referidas, principalmente, a la fase de ejecución de las penas, pero también a instituciones como la prescripción del delito (así el art. 131.3-2 CP).

Sin ánimo de exhaustividad y centrándonos en lo que constituye nuestra legislación vigente, pueden enumerarse las siguientes especialidades:

- Conforme a la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo⁵³³, la competencia para conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos, así como de los delitos conexos con los anteriores, no corresponde al juez del lugar donde el delito se hubiere cometido⁵³⁴, sino a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

531 LAMARCA PÉREZ, CARMEN: «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560.

532 Hay que advertir que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural sino estructural, razón por la cual “la lucha contra el mismo ni puede ser de tipo militar (caso de EEUU), ni puede realizarse mediante la adopción de normas excepcionales y extraordinarias (caso del Reino Unido), sino a través de la legislación ordinaria, de conformidad con los principios inherentes a un Estado de Derecho”. Cfr. ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE - GONZÁLEZ, HORTENSIA: «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Área: Terrorismo Internacional - ARI Nº 7/2006. Fecha 19/01/2006.

533 «BOE» núm. 126, de 26 de mayo de 1988, páginas 16159 a 16160. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>

534 Se ha dicho que tal previsión normativa supone que el delito de terrorismo no sea conocido por

- Si bien el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concordancia con lo dispuesto en el art. 17.2 de la Constitución, establece que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado a la LECrim mediante la antes citada Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo y con orígenes en los artículos 13 y 14 de la última ley antiterrorista de 26 de diciembre de 1984⁵³⁵, establece que cuando se trata de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, la detención policial podrá prorrogarse “el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada”. De este modo, si las necesidades de la investigación lo

el “juez natural”. Cfr. JIMÉNEZ FORTEA, JAVIER: «De la restricción de derechos a un “derecho procesal del enemigo”», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 611 y ss.

En nuestro Derecho, el artículo 24.2. de la Constitución reconoce esta garantía al disponer que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Tal derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como explica DíEZ-PICAZO, cumple la doble finalidad de poner coto a posibles manipulaciones en la Administración de Justicia y por otro, incluso en ausencia de intentos espurios de interferencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cumple una crucial función de pacificación: habida cuenta de que las leyes dejan importantes márgenes de interpretación y que, por ello, quién sea en concreto el juez encargado de decidir un asunto dista de ser indiferente, que el órgano judicial competente esté constituido de antemano según criterios públicos y objetivos es el medio de disipar posibles sospechas y, así, hacer que la decisión sea aceptable para la parte vencida en juicio. La predeterminación legal del juez no es en definitiva, sino una de las garantías, en forma de derecho fundamental, de la imparcialidad e independencia judicial. Cfr. DíEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 369-370.

A la vista de tal caracterización, no puede decirse que los delitos de terrorismo no sean juzgados por el juez natural o el juez ordinario predeterminado por la ley, pues la Audiencia Nacional no es un tribunal constituido ad hoc tras la comisión del delito, sino que es un órgano que previamente existe y tiene legalmente atribuida la competencia. Lo mismo ocurre en los supuestos de violencia de género (donde la competencia corresponde a un órgano especializado y la competencia territorial al domicilio de la víctima). Por otro lado, no puede negarse que para juzgar delitos de terrorismo es necesaria una especialización tanto del personal de los Juzgados como de las propias instalaciones de las sedes de los Juzgados.

535 «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 1985, páginas 70 a 72.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-63>

exigen, el juez competente, que será el de los Juzgados Centrales de Instrucción, podrá acordar la prórroga de la tención por un período máximo de otras cuarenta y ocho horas.

- Asimismo, detenida una persona por los motivos antes enumerados, conforme al art. 520 bis, apartado 2, LECrim, introducido por la citada Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste, pero no cabe la libre designación de abogado, sino que éste será de oficio en todo caso, no tendrá derecho a entrevistarse con él al término de la práctica de la diligencia en que haya intervenido ni tampoco a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento ni, si es extranjero, a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país (art. 520 bis.2 en relación con el art. 527 y concordantes LECrim)⁵³⁶.
- Si bien el art. 509.2 LECrim, redactado por el apartado tres del artículo único de la Ley Orgánica. 13/2015, de 5 de octubre⁵³⁷ establece que la incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos, y que en todo caso no podrá extenderse más allá de cinco días”, también señala que “en los casos en

536 La redacción de este precepto, que resulta un tanto imprecisa, ha sido complementada con varias sentencias del Tribunal Constitucional. Destaca la Sentencia 1991/1987, que ha declarado que no es inconstitucional que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente la incomunicación del detenido, mientras solicita del órgano jurisdiccional la concesión de la medida. En otras sentencias ha admitido la constitucionalidad del resto de limitaciones que recaen sobre el derecho de defensa del detenido incomunicado. Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1939 y ss.

537 Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725

que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis (persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días”.

- El art. 553 LECrim, haciendo uso de la posibilidad prevista en el art. 55.2 de la Constitución, autoriza la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, disponiendo que los agentes de policía, de propia autoridad, podrán entrar en los domicilios sin necesidad de mandamiento judicial, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde estas personas se ocultasen o refugiasen, así como proceder al registro en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Por imperativo constitucional, los agentes de policía deberán dar cuenta inmediatamente al Juez competente -que en los casos de terrorismo será el Juez Central de Instrucción-, del registro efectuado, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo con especial referencia a las detenciones, que, en su caso, se hubieran practicado, indicando asimismo las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos⁵³⁸.
- El art. 579 LECrim, redactado también conforme a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, autoriza al juez para acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para las causas sobre delitos de terrorismo, entre otros. Conforme al apartado 3, “En caso de urgencia, la medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, si bien deben comunicarla inmediatamente al juez competente y, en

538 Artículo redactado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo. Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 2042-2043.

todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado.

- Podemos también hacer referencia a la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, que prevé la posibilidad de que el Secretario de Estado Director dicho Centro solicite al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 598 LOPJ introducido por el número uno de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁵³⁹), autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada, pudiendo reducirse dicho plazo a veinticuatro horas, por motivos de urgencia.
- El art. 588 quater LECrim, redactado también conforme a la citada Ley Orgánica 13/2015, autoriza a colocar y utilizar dispositivos electrónicos para grabar las comunicaciones orales directas o para tomar imágenes, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados, sin que sea necesario, al tratarse de delito de terrorismo, que el hecho investigado lleve aparejada pena superior a tres años de prisión, como se exige con carácter general.
- También, tratándose, entre otros, de delitos de terrorismo, el art. 588 septies redactado igualmente por la Ley Orgánica 13/2015, autoriza la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos.

539 «BOE» núm. 155, de 29 de junio de 2013, páginas 48734 a 48766.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-7061

- El art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁵⁴⁰ establece que “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. La jurisprudencia constitucional entiende que se trata de requisitos acumulativos y no alternativos, como explica la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio, habiendo sido este criterio reiterado en posteriores sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo⁵⁴¹.

540 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>

541 Establece la referida sentencia del Tribunal Constitucional 183/1994, de 20 de junio que “la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto (el art. 51.2 LOGP) en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

Este criterio es asimismo recordado por la STC 58/1998 de 16 de marzo, que afirma que “estos dos últimos requisitos debían ser interpretados como acumulativos y no como alternativos”.

También el Tribunal Supremo ha reiterado este criterio, entre otras sentencias, en la de 6 de marzo de 1995: “...la intervención de una conversación de un interno y su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquél) realizada por autoridad administrativa es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales” y en la de 23 de abril de 1997, que recuerda el grave y especial peligro que suponen los delitos de terrorismo para la seguridad y estabilidad de una sociedad democrática, lo que justifica la adopción extraordinaria de especiales medidas legislativas con la del art. 51.2 LOGP: “En definitiva la regla general garantiza, en todo caso, la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención ni administrativa ni judicial. Ahora bien, la máxima tutela de los derechos individuales en un Estado de Derecho Social y Democrático no es incompatible con la admisión de reacciones proporcionadas frente a la constatada posibilidad de abusos en supuestos muy específicos y excepcionales. Concretamente, en el ámbito de las actividades de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables, de carácter armado, cuya finalidad o efecto es producir el terror en la colectividad, por su tenebrosa incidencia en la seguridad y en la estabilidad de una sociedad democrática (terrorismo), se ha constatado la utilización de las garantías que el sistema democrático proporciona al derecho de defensa como cauce abusivo para actividades que exceden de la finalidad de defensa e inciden en la colaboración con las actividades terroristas. Es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo, y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 183/1994, son condiciones habilitantes «acumulativas», el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada. Sin autorización judicial la intervención de

- Según el art. 282 bis LECrim, introducido por Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero⁵⁴², el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. Aunque hay que precisar que tal precepto no es sólo aplicable a los delitos de terrorismo, sino a todo tipo de delincuencia organizada.
- Según el artículo 384 bis LECrim introducido por la citada Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, “Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión”.
- Conforme al art. 324.2 LECrim, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre⁵⁴³, la catalogación en fase de instrucción del delito investigado como terrorista determina automáticamente que la causa se considere compleja y que el plazo de instrucción, en lugar de seis meses, sea de dieciocho meses, prorrogable por otro plazo igual o menor.

dichas comunicaciones constituye una actuación vulneradora del derecho fundamental de defensa, cuyo resultado no puede surtir ningún efecto probatorio”.

En general, sobre este asunto, CERRADA MORENO, MANUEL: «Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa», en la base de datos para suscriptores de “elderecho.com”, en noviembre 2011, con la referencia EDB 2011/296325. También accesible públicamente en: http://www.elderecho.com/penal/Derecho-intervencioncomunicaciones-limites-derecho_11_353305001.html.

542 Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. «BOE» núm. 12, de 14 de enero de 1999, páginas 1737 a 1739. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-846>

543 Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90220 a 90239. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10726

- Los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona, se castigarán con la pena mayor señalada en el Código, que no es otra que la de prisión permanente revisable (art. 573 bis 1.1.^a, introducido por Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo)⁵⁴⁴, y conforme al art. 36 CP, redactado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁵⁴⁵, la clasificación del penado en tercer grado no podrá hacerse hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva (la regla general para los restantes delitos son quince años de prisión efectiva). La pena se revisará conforme al art. 92, estableciendo el mismo, en su apartado segundo, que si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, además de cumplir los requisitos generales de haber cumplido veinticinco años de condena, clasificación en tercer grado y pronóstico favorable, “será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.
- Conforme al art. 90.8 del Código Penal, redactado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁵⁴⁶, tratándose de personas condenadas por delitos cometidos en el seno

544 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27177 a 27185. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

545 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

546 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176.

de organizaciones criminales o por alguno de los delitos de terrorismo, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

- La Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos⁵⁴⁷ prevé en su art. 9 la posibilidad de declarar ilegal un partido político cuando de forma reiterada y grave complementa y apoya políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

Pueden mencionarse además otras normas sustantivas, relativas a la ejecución de las penas en las que se establece también un trato jurídico diferenciado. Destaca la posibilidad de imponer la pena de prisión permanente revisable (art. 573 bis 1.1ª CP) introducida en nuestro ordenamiento por la citada Ley Orgánica 1/2015 para los delitos de mayor gravedad (no sólo terroristas), aunque la Ley Orgánica 2/2015, a la que se debe la redacción del mencionado artículo se refiera a la pena “de prisión por el

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

547 «BOE» núm. 154, de 28/06/2002. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-12756>

tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona”⁵⁴⁸. También la inclusión de los penados en la base de datos FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento)⁵⁴⁹; las especialidades en cuanto al cómputo de los beneficios penitenciarios⁵⁵⁰ así como la política de dispersión de presos condenados por terrorismo, medida en la que se ha pretendido ver, en ocasiones, una forma de favorecer la reinserción al mantener al recluso alejado de la banda⁵⁵¹, si bien lo cierto es que la discusión sobre el modelo de concentración/dispersión entronca con otro tema que ha marcado durante mucho tiempo la agenda política en esta materia: la demanda de la transferencia de las competencias en materia penitenciaria por el País Vasco, no llevada a cabo a pesar de su reconocimiento por parte de su Estatuto de Autonomía (artículo 12.1 de la LO 3/1979, de 18 de diciembre) a diferencia de Cataluña (artículo 10.14 de la LO 3/1979 y posteriormente artículo 168 de la LO 6/2006, de 19 de julio), donde las transferencias se produjeron en 1984⁵⁵².

También, cómo no, debe mencionarse como medida especial, frente a la regla general de la posibilidad de prescripción de los delitos, la imprescriptibilidad de los

548 Precisamente, el hecho de que el Partido Socialista Obrero Español se manifestase contrario a la pena de prisión permanente revisable es lo que motivó esta redacción del Código Penal en referencia a la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código y no a la prisión permanente revisable, con la esperanza de suprimir en un futuro dicha pena del Código sin necesidad de modificar la redacción de los delitos de terrorismo. Cfr. Diario “El País”, 30 de enero de 2015: «El PSOE tolera la cadena perpetua para salvar el pacto antiterrorista» (Fernando Garea). http://politica.elpais.com/politica/2015/01/29/actualidad/1422558115_242460.html

549 El régimen especial de cumplimiento de la pena privativa de libertad de los condenados por terrorismo es, como señala CANO PAÑOS, doblemente restrictivo, ya que no sólo suelen ser clasificados inicialmente en primer grado de tratamiento penitenciario, sino porque también son incluidos en la base de datos FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento). Cfr. CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL: *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 39.

550 El art. 36.2 del Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, dispone que cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate, entre otros, de delitos de terrorismo, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma.

551 Así BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 491 (definición de “reinserción del terrorista”), que ofrece la misma justificación que señaló el Ministerio de Justicia cuando la Administración penitenciaria inició en el año 1987 la política de dispersión de presos terroristas por los diversos centros penitenciarios de la geografía española. Cfr. CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL: *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 39.

552 En este sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, ANA CRISTINA: «Política penitenciaria antiterrorista en España: la dispersión de las “prisiones de seguridad”», Comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Seguridad, Justicia y Sistema Penal celebrado en Valencia del 5 al 7 de febrero de 2014. http://congresos.adeituv.es/imgdb/archivo_dpo15391.pdf

delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.4 párrafo segundo del Código Penal, introducido por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, hoy art. 131.3 párrafo segundo del Código Penal tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), así como la imprescriptibilidad de las penas impuestas por estos mismos delitos (art. 133.2 párrafo segundo del Código Penal);

Puede decirse, con QUINTERO OLIVARES, que las normas anteriormente citadas vienen a conformar un verdadero *subsistema penal*⁵⁵³, lo cual, por otro lado, sucede también en el resto de legislaciones penales occidentales.

LAMARCA PÉREZ llama la atención sobre el hecho de que en la legislación antiterrorista es donde el Estado democrático muestra de modo más patente una tendencia autoritaria que lesiona gravemente, a su juicio, la eficacia de las garantías individuales. En este sentido, resalta que España ha sido la primera nación europea que ha otorgado carta de naturaleza constitucional, a través del art. 55.2, a un Derecho de emergencia que propiamente ha dejado de serlo. Se ha dicho así, —con razón, a juicio de la citada autora—, que las leyes antiterroristas forman parte de la propia lógica del terrorismo y que, en cierto modo, expresan una autonegación del Estado de Derecho que es buscada de propósito por los propios practicantes de este tipo de acciones, de modo que se crea una dialéctica agresión-legislación⁵⁵⁴ que en los países de Europa occidental ha dado lugar a una profusa respuesta normativa de carácter excepcional y que en España ha supuesto la sucesión de un elevado número de leyes produciéndose, desde sus orígenes un proceso de motorización legislativa que se hace especialmente patente a partir del llamado período de transición democrática⁵⁵⁵.

553 QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss.

554 Sin embargo, tal dialéctica agresión-legislación, ni acerca a los terroristas a sus objetivos ni conduce al Estado a erradicar las causas del terrorismo y, con ellas, la comisión de nuevas acciones terroristas. Tiene razón GARCÍA-TREVIJANO, cuando afirma que “El terror no introduce en la sociedad procesos dialécticos que operen sobre sus causas genéticas, para superarlas, sino puras mecánicas de represión sobre libertades y derechos fundamentales que alteran en sentido conservador las nociones mismas de orden público, justicia, libertad y seguridad”. GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «El terrorista», Diario “La razón”, jueves 13 de diciembre de 2001.

555 Cfr. LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013, pág. 839.

Por su parte, CANCIO MELIÁ advierte con tino que “ni debe darse por supuesto que el Derecho penal antiterrorista pueda prevenir eficazmente las infracciones que reprime, ni deben obviarse los costes de contaminación que una determinada orientación de su regulación puede ocasionar en la ciudadela que el terrorismo pretende tomar: el Estado de Derecho”⁵⁵⁶. Sin embargo, lo anterior no significa, a juicio de este autor, que estos delitos no deban tener un tratamiento específico, aunque no obstante se hace necesario asumir que la fundamentación de la especificidad de las infracciones de terrorismo no puede descansar exclusivamente en la espiral interminable de la necesidad preventivo-fáctica⁵⁵⁷.

A nuestro juicio, sin perjuicio de que no sea deseable que la legislación vaya dando bandazos acuciada por el devenir de los acontecimientos, conviene resaltar tampoco puede considerarse la agresión terrorista y la respuesta legislativa como dos caras de la misma moneda. Si como afirma JARIA I MANZANO, el grado de legitimidad del poder constituido es la medida del fundamento último de las medidas de excepción que el Estado puede verse obligado a tomar para responder a la acción terrorista⁵⁵⁸, debe partirse de la legitimidad del Estado de Derecho en que tal legislación

556 CANCIO MELIÁ, MANUEL: «Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho», en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, coordinado por MANUEL CANCIO MELIÁ y LAURA POZUELO PÉREZ, pág. 324.

En el mismo sentido, advierte QUINTERO OLIVARES que “las vías excepcionales no son garantía de nada, y pueden, además, provocar contaminación en el sistema ordinario”. QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss. (100).

557 Y para ello, debe tenerse en cuenta el funcionamiento del delito terrorista como estrategia de comunicación, como provocación del poder, como señalara PETER WALDMANN (en *Terrorismus. Provokation der Macht*, 1998). En este sentido, advierte CANCIO, que las infracciones de terrorismo pretenden provocar reacciones del Estado hasta llegar, como punto de llegada de su estrategia, a la rebelión popular. La provocación al poder tendría la intención fundamental de obtener un cambio de status simbólico: el reconocimiento de la condición de beligerante como elemento definitivo para ampliar su influencia social en su campo. CANCIO MELIÁ, MANUEL: «Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho», en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, coordinado por MANUEL CANCIO MELIÁ y LAURA POZUELO PÉREZ, pág. 317.

558 JARIA I MANZANO, JORDI: «El terrorismo como síntoma: constitucionalismo, legitimidad del poder y globalización», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 61 – 84 (70). Paralelamente, en el plano internacional, como pone de manifiesto el mismo autor, parece necesario, más allá del estudio de la pertinencia y contenido del Derecho de excepción de los estados individualmente considerados, avanzar en la construcción de los fundamentos para una nueva legitimidad de las estructuras de poder a nivel global (82).

se asienta, teniendo asimismo presente la magnitud del desafío que representa el fenómeno del terrorismo y la necesidad de combatirlo. Por eso hay que reconocer, como afirma MARTÍNEZ MUÑOZ, que lo que puede considerarse una reacción excesiva para mantener el orden existente, también “puede entenderse como una especie de legítima defensa social; es diferente de la que trata de alterarlo, con terrorismo o disturbios, para evaluarlo hay que ver las vías de libertad que el sistema existente proporciona y lo que se propone modificar. La respuesta del derecho ante el terrorismo, para no quedar indefenso ante él, debe partir de presumir la legitimidad de la autoridad existente y se debe defender enérgicamente cuando es cuestionada por quien desprecia analizar los medios existentes para conseguir sus pretensiones”⁵⁵⁹.

3.3. Terrorismo y Derecho penal del enemigo

Claro que no sólo la identificación de la reacción del Estado con una ideología contrapuesta a la de los terroristas puede restar legitimidad a la respuesta estatal. También es posible que, como pone de manifiesto JIMÉNEZ FORTEA, la legitimidad de la respuesta del Estado al fenómeno terrorista se diluya “cuando la idea de la «defensa» o la «protección» se desliza hacia la idea de «seguridad», en especial la del Estado, exacerbándose y, paralelamente, la ciudadanía renuncia –o se le convence para que renuncie– a la vigencia de algunos aspectos esenciales de los derechos humanos para eliminar una amenaza– en este caso, terrorista–. Es entonces cuando aparece un supuesto derecho a la seguridad⁵⁶⁰, que provoca la diferenciación entre un «Derecho

559 MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO: «El derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 689 y ss. (722).

Si ampliamos el ámbito de esta reflexión desde el terrorismo hasta la delincuencia en general, también recuerdan COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN cómo para FERRI (en sus *Principios de Derecho criminal*, págs. 116-117), el Estado y el delincuente no se mueven en un mismo plano porque precisamente el Estado, en cumplimiento de su deber de “defensa social”, crea la ley, y el delincuente (en nuestro caso el terrorista) no es, a su vez, víctima del Estado, y por ello resulta inmoral colocarlos en posición de igualdad. Cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 51.

560 Respecto de tal derecho a la seguridad, el Tribunal Constitucional ha declarado que “No cabe confundir las tres acepciones de la seguridad que maneja la Constitución. La primera, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), es un principio general del ordenamiento jurídico y, por otra parte, un mandato dirigido a los poderes públicos pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos [SSTC

penal del ciudadano» y un «derecho penal del enemigo», que es quien voluntariamente se sitúa fuera del ordenamiento jurídico de forma permanente y grave”⁵⁶¹.

El concepto de Derecho penal del enemigo fue propuesto por JAKOBS en 1985. Afirma JACKOBS que “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”. Ambos tipos de Derecho - tanto el Derecho penal del ciudadano, en el que la función manifiesta de la pena es la *contradicción* como en el Derecho penal del enemigo donde esta función es la *eliminación de un peligro* - “*pueden ser legítimos*”⁵⁶².

122/1987 (RTC 1987, 122) y 126, 1987], como también ocurre con la seguridad ciudadana, cuya salvaguardia como bien jurídico de ámbito colectivo, no individual, es función del Estado y tiene su sede propia en el art. 104 anteriormente invocado [STC 196/1987 (RTC 1987, 196)]. Ninguna de estas dos normas permite el acceso a la vía del amparo constitucional por no formar parte del elenco de libertades y derechos fundamentales, subjetivos y por ello individuales, por su configuración sustantiva y su origen histórico en los derechos del hombre y del ciudadano. La seguridad jurídica está relacionada inevitablemente con la seguridad personal, en la situación respectiva de medio a fin. Aquella es un instrumento protector de ésta y de todos los demás derechos e intereses, fundamentales o no, como una más, por importante que fuere, de las muchas que comprende. Sin embargo tal concepto de la seguridad pública está excluido del art. 17.1 de la Constitución, donde se alberga no una función sino el bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal configurado como soporte de la libertad de todos y cada uno [SSTC 2/1981 y 262/1988 (RTC 1988, 262); ATC 1178/1988], con una tradición ya de dos siglos, recogida en las Declaraciones del Hombre y del Ciudadano de 1789 y 1793 como su primera expresión legislativa, que exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas”. Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 325/1994 de 12 de diciembre (RTC 1994, 325).

561 JIMÉNEZ FORTEA, JAVIER: «De la restricción de derechos a un “derecho procesal del enemigo»», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 611 y ss.

562 JAKOBS, GÜNTHER: «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. - CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 55.

Frente a la idea de que todos deban ser tratados como personas con derechos, JAKOBS trata de hacernos abrir los ojos. Para JAKOBS, ésta es una afirmación demasiado abstracta, pues también resulta decisivo el comportamiento del sujeto. “Que todos *deban* ser tratados como personas, esto, *per se*, no deja de ser un mero *postulado*, un *modelo* para una sociedad, pero aún no se trata de una sociedad que *realmente acontezca*”. Explica el alemán cómo un colega, indignado, le formuló la objeción de que eso no es así, y que incluso Hitler, si aún hubiera que ocuparse de él, habría de ser tratado como persona en Derecho. A lo que JAKOBS reprocha que “su objeción sigue siendo abstracta: ¿cuál es esa situación en la que hay que ocuparse del dictador que desprecia lo humano? ¿Después del restablecimiento de una situación conforme a Derecho, en cuanto prisionero sin posibilidades actuales de influencia? Bien, entonces nos podremos permitir la juridicidad y llevar a cabo un proceso que sea reconocido por todos como equitativo. ¿O se trata del Hitler hasta 1945? En tal caso, no creo que nadie ponga en duda la legitimidad del homicidio de aquel tirano mediante un atentado, y matar a un tirano de ese modo nada tiene que ver con tratarlo como persona en Derecho; se lo elimina en cuanto enemigo”. JAKOBS,

Ese Derecho penal del enemigo del que nos habla JACKOBS se caracteriza básicamente por tres elementos:

- 1) la reacción legal supone un adelantamiento de la punibilidad al ámbito de la preparación y la pena no se dirige a la sanción de hechos cometidos, sino al aseguramiento frente a hechos futuros;
- 2) penas desproporcionadamente altas y
- 3) supresión o relativización de determinadas garantías procesales.

Atendiendo a estos parámetros, la legislación antiterrorista española, lo mismo que la de los países de nuestro entorno jurídico puede considerarse expresiones de tal clase de Derecho, por cuanto se trata de excepciones a las reglas generales. Como afirma JAKOBS, “lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil (...) en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización -la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano- y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden”⁵⁶³.

JAKOBS no pretende, sin embargo, poner en duda que el terrorista que asesina y aborda otras empresas pueda ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que prevea esos hechos como delitos. Sigue tratándose de delitos y no de actos de guerra⁵⁶⁴, pues “los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala”. No pasan por ello a engrosar otra

GÜNTHER: *¿Derecho penal del enemigo? Estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, Título alemán: *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (manuscrito), en MANUEL CANCIO MELIÁ - BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ (Ed.): *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson Civitas Aranzadi, 2008, pág. 27.

563 JAKOBS, GÜNTHER: «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», traducido por MANUEL CANCIO MELIÁ en *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 41-42.

564 Como afirmaba GARCÍA-TREVIJANO, “el terrorismo y la guerra son fenómenos políticos que expresan el carácter violento de las ambiciones de poder. Pero no tienen la misma naturaleza. El soldado sigue siendo, por su condición estatal, un animal político y está sujeto a las leyes de la guerra. El terrorista, por su visión preestatal del mundo, se despoja del adjetivo aristotélico y no acata más leyes que las instintivas de la delincuencia sectaria”. GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «El terrorista», Diario “La razón”, jueves 13 de diciembre de 2001.

categoría. Sin embargo, “sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado acatadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada”⁵⁶⁵.

Es cierto que el terrorismo, aun tipificado como delito y no como acto de guerra tratado al margen del Derecho penal general, presenta características excepcionales, como son la pluralidad de bienes jurídicos contra los que atenta, la alta consideración de tales bienes, el empleo de medios destructivos devastadores, el ataque indiscriminado a pluralidad de víctimas, etc. Tampoco puede olvidarse su impacto negativo en la economía de un país como el nuestro, que tiene en el turismo una de sus principales fuentes de riqueza. En consecuencia, el fenómeno terrorista requiere ser combatido con mecanismos jurídicos especiales, si es que se quiere mantener la lucha contra el fenómeno en los cauces de la legalidad. Las reglas permanentes incrustadas en la legislación positiva y que constituyen excepciones a reglas generales deducibles del conjunto de la legislación ciertamente constituyen un subsistema, pero son distintas de un verdadero Derecho excepcional que derogue temporalmente el derecho vigente, como el que impera en el supuesto de declaración del estado de sitio (con suspensión de derechos fundamentales). De este modo, cuando se critica la permanencia de estas normas excepcionales, lo que realmente se critica no es la excepcionalidad, sino el trato diferenciado que reciben determinados delincuentes y, en definitiva, una posible vulneración del principio de igualdad. Pero frente al terrorismo, se hace un juicio moral en virtud del cual se justifica la adopción de tales medidas, por encima incluso de los daños objetivamente producidos. Como razona BUENO ARÚS, “Si el juicio moral no nos importara, no tendría sentido que un homicidio terrorista se castigue con mayor pena que un homicidio culposo por accidente de tráfico, porque el resultado, social o económicamente considerado, sería el mismo. Objetivamente, sin concesiones a los elementos subjetivos, las muertes por accidentes de tráfico son mucho más numerosas que las muertes por terrorismo; luego, socialmente, el vehículo a motor es más dañino y disfuncional que la goma-2 y los coches-bomba. Sin embargo, todos condenamos enérgicamente (unos más que otros) y nos sentimos amenazados por el terrorismo, pero,

565 JAKOBS, GÜNTHER: «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», traducido por MANUEL CANCIO MELIÁ en *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 41-42.

probablemente, nadie renunciará a comprarse un automóvil por sentirse amenazado por la circulación rodada en las carreteras. Entiendo en consecuencia que en todo esto hay algún elemento más a tomar en cuenta que no sea lo meramente objetivo”⁵⁶⁶.

Por otro lado, no parece posible que un sistema penal actual pueda dar una respuesta homogénea a todo tipo de criminalidad. El Derecho penal se ha expandido hasta el punto de que se aplican procesos penales y penas homogéneas (fundamentalmente de prisión) a todo tipo de infractores, sean ocasionales (quizás incluso por imprudencia), reincidentes que han hecho del delito su modo de vida, o asesinos por convicción como los terroristas. Pero lo cierto es que las tan variopintas conductas tipificadas como delito obedecen a razones criminológicas de muy diversa índole, y deberían por tanto ser objeto de respuestas diferentes. Siendo esto así, al menos es una garantía que las normas excepcionales contra el terrorismo sean visibles para los ciudadanos. En otro caso, la autoridad puede sentirse tentada de recurrir a la razón de Estado para encubrir crímenes tan horrendos como los de los terroristas⁵⁶⁷, pues, como afirma JACKOB, con clara influencia de SCHMITT,⁵⁶⁸ advierte que “Quien

566 BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 42.

567 Sin ir más lejos, en España, cabe hacer referencia a los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), respecto de los que, sin ánimo de exhaustividad, puede citarse que, según el *Diccionario de Terrorismo* de JOSÉ MARÍA BENEGAS, fueron una organización parapolicial que actuó fundamentalmente en el País Vasco francés entre 1983 y 1985. Se dio a conocer por primera vez al dejar en libertad a un ciudadano de Behobia, Segundo Marey, que había sido secuestrado el 4 de diciembre de 1983. Antes ya habían secuestrado y habían hecho desaparecer en Bayona a dos personas de origen vasco, Joxean Lasa y Joxi Zabala. Unos días después intentaron secuestrar a José Mari Larretxea, esta vez en Hendaya (...). El comunicado fundacional del GAL señalaba que a cada acción de ETA seguiría un atentado contra miembros de la izquierda abertzale. A partir del secuestro de Marey, el GAL realizó más de cuarenta acciones, con un total de veintisiete muertos y otros tantos heridos (...). Para el GAL trabajaron mercenarios a sueldo que antes lo habían hecho en grupos parapoliciales creados después de la muerte de Luis Carrero Blanco para atacar contra militantes abertzales. (...) En el caso Marey, José Barrionuevo Peña, ex ministro del Interior, y Rafael Vera Fernández Huidobro, ex secretario de Estado para la Seguridad, fueron condenados a diez años de prisión y doce de inhabilitación absoluta como autores de dos delitos, uno de malversación de caudales públicos y otro de secuestro en concurso medial (...). Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, (entrada “Grupos Antiterroristas de Liberación”), págs. 233 y ss.

568 SCHMITT afirmó en su *Teología Política* que “es soberano quien decide el estado de excepción”. Cfr. SCHMITT, CARL: *Teología política*, editorial Trotta, Madrid, 2009, pág. 13. Por eso, el constituyente, si quiere continuar siéndolo, no puede hacer dejación de uno de los atributos de la soberanía, lo que obliga a pronunciarse al menos sobre qué debe entenderse por crisis, quién ha de enfrentarse a ella y con qué armas. La negativa constitucional a establecer lo que se conoce como derecho de excepción supone dejar abierta la puerta a la normativa de lo fáctico. Cuando se presenta una crisis para la que la Constitución no ofrece respuestas, éstas se van a producir en el ámbito de la realidad, esgrimiendo como presupuesto habilitante un estado de necesidad que a posteriori servirá para exonerar de cualquier responsabilidad política e incluso jurídica por la adopción de unas medidas que aun contrarias a la Constitución vigente, pueden llegar a parecer oportunas y también lícitas si la necesidad se considera fuente del Derecho.

solo reconozca el Estado de derecho permanente de buen tiempo, induce al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción; dicho de otro modo, el Estado de derecho imperfecto, se presenta como perfecto a través de un léxico ideológico. Esta infravaloración de la complejidad de la realidad estatal es peligrosa, ya que obstruye la perspectiva para ver cuándo el derecho penal está sobre el suelo seguro del *derecho penal del ciudadano* y cuándo sobre el terreno tan resbaladizo del *derecho penal del enemigo*”⁵⁶⁹. Y como sostiene GARCÍA-TREVIJANO, la razón de Estado que es contraria a la razón del derecho, es, junto con el orden público, enemiga histórica de la verdad y la libertad⁵⁷⁰. Y es precisamente la libertad lo que está en juego.

569 JAKOBS, GÜNTHER: «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», traducido por MANUEL CANCIO MELIÁ en *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, pág. 83.

570 Como se desprende de la *Teoría Pura de la República*, de GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO.

CAPÍTULO II

**ORÍGENES, FUNDAMENTOS Y NATURALEZA DE
LA PRESCRIPCIÓN Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD
DE LOS DELITOS**

CAPÍTULO II.- ORÍGENES, FUNDAMENTOS Y NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS

1. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL.

El término “imprescriptibilidad” es negativo, como denota el prefijo “im”. El estudio riguroso de este concepto jurídico ha de partir, por tanto, de la comprensión de lo que por ella se niega: la posibilidad de prescripción de los delitos o “prescriptibilidad”.

El transcurso inexorable del tiempo es un hecho natural que influye en el Derecho. Una de sus principales manifestaciones es la prescripción, mediante la cual se adquieren derechos o potestades, o se pierden cuando no se han ejercitado durante determinados períodos de tiempo. De este modo, el Derecho viene a consolidar una situación que se venía produciendo de hecho. La idea es que si las cosas han llegado así hasta este momento, es preferible ya que el Derecho no irrumpa de forma intempestiva modificando la realidad, que es mejor que las cosas se queden como están; es más, habiendo transcurrido un determinado periodo de tiempo, se entiende que la misión del Derecho debe ser precisamente consolidar la situación de hecho que se venía produciendo, otorgándole eficacia jurídica, aportando así certeza y garantizando la seguridad jurídica⁵⁷¹ en las relaciones, de modo que el conjunto de la sociedad resulte beneficiada.

No obstante, la prescripción actúa de forma muy distinta en el ámbito civil y en el penal. La institución nació en el ordenamiento civil, y la prescripción penal se configuró, en sus inicios, a semejanza de aquélla, aunque pronto adquirió una independencia conceptual que le hizo merecedora de un tratamiento jurídico propio y diferenciado.

⁵⁷¹ En el ámbito civil, el fundamento último de la prescripción reside en la seguridad jurídica. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La prescripción extintiva*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, pág. 19.

En cambio, el ámbito penal, aunque la seguridad jurídica también tiene su importancia en la regulación de la institución, como se verá, el fundamento principal es la falta de necesidad de pena.

En el Derecho civil, la prescripción produce el efecto de la adquisición o la pérdida de derechos o facultades⁵⁷² cuando, junto con el transcurso del tiempo marcado en la Ley, se da la inactividad del titular de tal derecho o facultad.

En el Derecho penal, la prescripción puede referirse a los delitos o a las penas. La de los delitos se producirá antes y la de las penas después de la sentencia firme dictada tras el correspondiente proceso judicial. La prescripción del delito determina la extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1.6º del Código Penal) y con tal extinción, la imposibilidad de juzgar unos determinados hechos que en apariencia eran punibles, quedando por tanto impunes hayan sido o no cometidos –cuestión ésta que a la jurisdicción penal ya no le interesa y por tanto no se entra ya a debatir–, de modo que conforme al art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que procede es el sobreseimiento de la causa⁵⁷³. La prescripción de la pena determina, en cambio, la imposibilidad de ejecutar la que haya sido ya declarada mediante sentencia firme dictada tras el correspondiente proceso.

Aunque también se le dedique un apartado de este trabajo a la prescripción de la pena, la prescripción del delito es la que mayor interés doctrinal y práctico presenta y de ahí que constituya nuestro tema principal.

Suele decirse que el asunto relativo a la prescripción del delito no ha sido tratado profusamente en nuestra literatura jurídica, aunque en los últimos años –con

572 No nos extenderemos aquí sobre esta cuestión, que no es propia del ámbito penal. Cabe sólo señalar que, como pone de manifiesto SANCINIENA ASURMENDI, la relación entre la prescripción adquisitiva y la extintiva ha sido discutida, cuestionándose si cabe una prescripción extintiva con independencia de la usucapión; o si, por el contrario, la prescripción extintiva exige de suyo la concurrencia de una prescripción adquisitiva por parte de otro. Cfr. La relación entre prescripción extintiva y adquisitiva: propiedad y herencia. SANCINIENA ASURMENDI, CAMINO: «La prescripción extintiva»: *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* / Manuel Jesús Marín López (aut.), Esther Arroyo i Amayuelas (aut.), Pedro del Olmo García (aut.), Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (aut.), Andrés Domínguez Luelmo (aut.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (aut.), Francisca Ramón Fernández (aut.), Camino Sanciñena Asurmendi (aut.), 2014, ISBN 978-84-9086-105-9, págs. 513-535.

573 Es precisamente, una de las cuestiones que consideramos que debe ser mejorada. El proceso penal, además de castigar al delincuente, y de permitir acumular la acción civil a la penal, puede ahondar en la reparación y dignificación de las víctimas que, ante la regulación vigente, cuando se produce la prescripción del delito han de acudir a la jurisdicción civil, por lo general más lenta y costosa, y no obtienen una resolución pública que contenga el relato judicial de lo sucedido. En el caso del terrorismo, si bien la intervención del Estado puede en cierto modo suplir la posible falta de indemnización, subrogándose luego en los derechos de la víctima para repetir contra el culpable caso de ser identificado, la prescripción priva tanto a las víctimas como al conjunto de la sociedad de una resolución judicial que determine lo sucedido, estableciendo un relato oficial que contribuya a la dignificación de las víctimas y evite el olvido.

anterioridad no obstante a la profunda reforma de la institución operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio—se publicaron algunas monografías sobre el tema⁵⁷⁴.

Por lo general, la literatura especializada coincide en que la prescripción es una institución valiosa y necesaria. Por ello, es ampliamente aceptada, aunque los autores difieran a la hora de señalar tanto su fundamento como su naturaleza jurídica —cuestiones éstas a las que realizaremos nuestra aportación, tratando de clarificarlas—. Resulta así que, pese a que en otros tiempos la institución de la prescripción ha recibido severas críticas, y a que en el ámbito internacional se está imponiendo la regla de la imprescriptibilidad de determinados crímenes cometidos por lo general por los dirigentes de los Estados o con su beneplácito, con la finalidad de evitar que ellos mismos se propicien su propia impunidad (no así respecto del terrorismo, al no haber siquiera una definición unánime), en la actualidad, no se discute sobre la posibilidad de supresión de la posibilidad de prescripción de los delitos en los ámbitos jurídicos internos.

Distinto es —como pone de manifiesto RAGUÉS I VALLÉS—, la mala fama de que goza la institución de la prescripción entre la ciudadanía no entendida en leyes, a lo que sin duda contribuye la imagen con que aparece en los medios de comunicación⁵⁷⁵. De ahí que exista una tendencia a endurecer las condiciones para que la prescripción pueda operar, e incluso que se señale la imprescriptibilidad de determinados delitos —como los de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona—, a los que se pretende equiparar en este sentido a los crímenes internacionales, tal y como hizo la Ley Orgánica 5/2010 de modificación del Código Penal.

574 Merecen destacarse, a nuestro juicio, las de MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980; REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999; MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN: *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Dykinson, Madrid, 2001, las de GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001; GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dykinson, 2003; RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004 y PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

575 Señala acertadamente este autor que “Cuando esta figura aparece en los medios de comunicación suele presentarse como una suerte de subterfugio legal que, gracias a la inoperancia de la administración de justicia, permite escapar indemnes del castigo a procesados de cuya culpabilidad existen a menudo pruebas abundantes. Los motivos para la indignación de cualquier espectador parecen sobrados”. RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 15.

Cabe mencionar que la citada Ley trató de solucionar también las dudas acerca del momento de la interrupción de los plazos de prescripción, que habían suscitado una agria polémica doctrinal, siendo ya famoso el enfrentamiento entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional⁵⁷⁶. Sin embargo, subsisten varias cuestiones a las que también se pretende dar respuesta en este trabajo, siguiendo las principales aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

Pero comencemos por definir la prescripción, pues ello resulta imprescindible para comprender el concepto de imprescriptibilidad.

576 Tal enfrentamiento tuvo su punto álgido en el caso conocido como “Urbanor” o “los Albertos”, cuando el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 29/2008 de 20 de febrero (RTC 2008, 29), anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 marzo 2003, apoyándose en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y discrepando sobre el momento en que debía entenderse interrumpida la prescripción. La polémica doctrinal surgida a raíz de esta situación se pretendió resolver mediante la regulación establecida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código Penal, que, entre otras novedades, como la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, introdujo una nueva redacción al art. 132.2 CP, tratando de regular detalladamente el régimen de interrupción de la prescripción.

2. LA DEFINICIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

La prescripción del delito no ha sido reconocida por todas las legislaciones, y en las que la han aceptado, tampoco se le ha reconocido el mismo ámbito de aplicación, ni ha operado con las mismas condiciones. Por ello, han proliferado gran cantidad de acepciones del término.

Lo que más ha influido en las distintas definiciones ha sido el fundamento o los argumentos justificativos que se hayan atribuido a la institución así como los efectos previstos en cada ordenamiento. No obstante, pese a las distintas variaciones, existen una serie de preocupaciones constantes en la doctrina y jurisprudencia, a las que se hará cumplida referencia.

El propio Tribunal Supremo ha señalado que la definición de la prescripción no es precisamente una cuestión que se encuentre cerrada, por converger en ella criterios muy diversos y de contornos poco determinados que vienen a afectar, en definitiva, a la posibilidad de imponer la pena: *“Una definición comúnmente admitida de la prescripción la considera como una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo en los acontecimientos humanos. Su naturaleza procesal, material o constitucional ha sido muy discutida y, ciertamente, convergen criterios de desaparición de la necesidad de la pena, de dificultad en la acreditación del hecho o de seguridad jurídica y de política criminal en actuación del principio de intervención mínima, pues «el derecho del Estado a penar justamente depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico» (STS 18-6-1992 [RJ 1992, 5504]) y es obvio que, transcurrido el plazo de prescripción señalado en el Código, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial e incide contraproducentemente en la llamada resocialización o rehabilitación del imputado”*⁵⁷⁷.

Puede observarse que el texto citado, al tratar de definir la prescripción del delito, apunta ya a la cuestión de su naturaleza jurídica, a su vez íntimamente relacionada con el fundamento. Lo cierto es que resulta difícil encontrar en nuestra jurisprudencia una definición que aporte una definición doctrinal más allá de la catalogación de la institución en nuestro Derecho positivo, que actualmente aparece

⁵⁷⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 932/2000 de 29 de mayo (RJ 2000, 5230).

configurada en el art. 130 del Código Penal como causa de extinción de la responsabilidad criminal y en el art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como óbice de procedibilidad a alegar como artículo de previo pronunciamiento. Sin embargo, también es habitual que en la jurisprudencia se aluda continuamente a la justificación de la institución, así como que se elucubre acerca de su naturaleza jurídica.

En sentencias anteriores a la antes citada, en las décadas de 1950 y posteriores, el Tribunal Supremo había venido entendiendo que la prescripción se fundaba en la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de justicia de ese orden impulsadas dentro de los plazos que, según la trascendencia de la infracción delictiva, establece el ordenamiento jurídico, teniendo su fundamento en el aquietamiento de la conciencia social y de la intranquilidad producida, en las dificultades de prueba y en la enmienda que el tiempo produce en la personalidad del delincuente⁵⁷⁸. Estas explicaciones doctrinales llegarían hasta la década de 1990, afirmando el Tribunal Supremo que la prescripción también tiene su fundamento “*en el aquietamiento de la conciencia social y de la intranquilidad producida, en las dificultades de prueba y en la enmienda que el tiempo produce en la personalidad del delincuente*”⁵⁷⁹.

En esta misma línea, ya había declarado también que la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción se justifica en razones que pueden ser conducidas al principio de necesidad de la pena, que se inserta en el más amplio de intervención mínima, de modo que “*el derecho del Estado a penar justamente -el «ius puniendi»- depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico; y, es obvio, que transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial, e incide contraproducentemente en la llamada resocialización o rehabilitación del sujeto, finalidades primordiales de la sanción penal*”⁵⁸⁰. Por consiguiente, la incertidumbre en

578 Así, en Sentencias de 21 de enero de 1956 (RJ 1956, 95), 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790), 19 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 5234) y 9 de junio de 1975 (RJ 1975, 2823), entre otras.

579 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1018/1995 de 13 de octubre (RJ 1995, 7853) (FJ 2º), con cita de las anteriores.

580 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1467/1992 de 18 de junio (RJ 1992, 5504) (FJ Único).

la exigencia de la responsabilidad criminal no puede prolongarse indefinidamente, de modo que debe marcarse “*el tiempo durante el cual se puede ejercitar válidamente el ius puniendi del Estado*”⁵⁸¹.

Claro que dado el marcado carácter político de la institución, es normal que en esta elaboración doctrinal -que en el ámbito judicial correspondía en un primer momento únicamente al Tribunal Supremo-, haya tenido también un papel destacado, en los últimos tiempos, el Tribunal Constitucional, que se ha arrogado competencias para pronunciarse sobre la institución de la prescripción al entender que afecta a principios y valores constitucionales. La irrupción se produjo en su Sentencia 63/2005, de 14 de marzo⁵⁸², en la que se afirmaba que, “*la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal*”. Con anterioridad a dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional venía entendiendo que la prescripción era una cuestión de mera legalidad que correspondía decidir a los tribunales ordinarios y carecía de relevancia constitucional⁵⁸³.

En la literatura jurídica se ha tratado de clarificar la cuestión, ofreciéndose verdaderas definiciones que tratan de sintetizar las ideas anteriores. Sin embargo, la combinación de una tradicional ausencia de una definición de la prescripción penal en los textos legales junto con las distintas regulaciones históricas y los giros interpretativos de una jurisprudencia a la que en última instancia se sumó la doctrina del Tribunal Constitucional ha propiciado que cada autor haya enfocado el asunto desde una

581 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 144/1998 de 17 de marzo (RJ 1998, 8183) (FJ 1º).

582 Tribunal Constitucional, Sentencia 63/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 63). Las diferencias de interpretación acerca de qué actos procesales tienen la eficacia de interrumpir la prescripción a raíz de esta sentencia llegaron a originar un serio conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, habiéndose intentado zanjar la cuestión jurídica mediante la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 que ha dado una nueva redacción al art. 132.2 CP.

583 Así en Sentencias del Tribunal Constitucional 152/1987 de 7 de octubre (RTC 1987, 152); 255/1988 de 21 de diciembre; 83/1989 de 10 de mayo (RTC 1989, 83); 12/1991 de 28 de enero (RTC 1991, 12); 223/1991 de 25 de noviembre (RTC 1991, 223); 150/1993 de 3 de mayo, entre otras muchas y Autos del Tribunal Constitucional 944/1989 (RTC 1989, 944 AUTO), 112/1987 (RTC 1987, 112 AUTO) y 340/2004 (RTC 2004, 340 AUTO).

perspectiva distinta, ofreciendo así una definición acorde con su concepción de la institución. Podemos citar algunas.

AGUILERA DE PAZ, célebre comentarista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, definía la prescripción a comienzos del siglo XX como “aquel recurso concedido por ministerio de la Ley a las partes para evitar la injusticia que se cometería si se considerara como punible un hecho justiciable cuando por el transcurso del tiempo hubiese perdido su eficacia la acción penal, cuyo ejercicio pudiese generar persecución”⁵⁸⁴. Obviamente, este enfoque procesalista, que, aludiendo a razones no concretadas de justicia, destacaba la necesidad de alegación de parte, estaba determinado por la regulación de la institución en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que, pese a aún hoy se encuentra vigente, ha visto su sentido profundamente modificado por la jurisprudencia. Así, en esta misma línea, para RODRÍGUEZ DEVESA, la prescripción de la infracción penal es sencillamente la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o hacer ejecutar la pena ya impuesta⁵⁸⁵. Y también desde una perspectiva procesalista, BANACLOCHE PALAO se ha referido a la prescripción penal en sus dos modalidades (del delito y de la pena) como “el efecto producido por el transcurso del tiempo y la inactividad procesal, que se concreta en la imposibilidad de exigir una responsabilidad penal ya declarada o todavía por declarar”⁵⁸⁶.

Pero también ha habido autores, incluso en la literatura que podemos considerar ya clásica, que han ofrecido definiciones de la institución más acordes con una concepción material de la institución. Así, para CUELLO CALÓN, que atendía a la regulación de la institución en el Código sustantivo, la prescripción consistía en “la extinción de la responsabilidad penal mediante el transcurso de un período de tiempo, en determinadas condiciones, sin que el delito sea perseguido o sin ser la pena

584 AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo V, págs. 199-214.

585 RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho Penal español*, Madrid, 1995, pág. 681. Hoy en día, sin embargo, ya no se habla (o no debería hablarse) en tales términos, pues se asume que no existe un derecho del Estado a imponer una pena, a modo de derecho subjetivo, sino que se trata una facultad-obligación.

586 BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320.

ejecutada”⁵⁸⁷. Por su parte, DEL TORO, entendiendo ya incluso que la prescripción afectaba a la estructura misma del concepto de delito, señalaba que “la prescripción del delito supone la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica”⁵⁸⁸. Y más recientemente, PEDREIRA GONZÁLEZ, considerando asimismo el carácter sustantivo de la institución, ha destacado cómo “la prescripción del delito constituye un límite temporal a la pretensión punitiva del Estado, que, fundado en la exigencia social de que no se prolonguen indefinidamente las situaciones jurídicas expectantes, se concreta básicamente en una causa de exclusión de la pena”⁵⁸⁹.

Como puede observarse, tal variedad de definiciones se debe, principalmente, al fundamento –no señalado en los textos legales– que se asigne a la prescripción, lo que a su vez se encuentra íntimamente con la naturaleza jurídica que se atribuya a la institución, tarea que se suele llevar a cabo adscribiéndola bien al Derecho sustantivo o bien al procesal⁵⁹⁰. De este modo, cada autor se decanta por un fundamento distinto (o por combinaciones de varios), apoyándose en la Historia o en distintas regulaciones legales, nacionales o extranjeras. Y al haber suficientes argumentos parciales que justifican la adscripción de la institución a cualquiera de las dos ramas del Derecho

587 CUELLO CALÓN, EUGENIO: *Derecho Penal, Parte General*, Tomo 1, Vol. 2º, 18ª edición revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 789.

588 DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1978, pág. 668.

589 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 38.

590 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, citando a MORILLAS, señala que el problema de la naturaleza de la prescripción va muy ligado al de su fundamento, pues después de pasado un determinado tiempo, se estima que la pena es innecesaria, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena, que es uno de sus principios informadores más elementales, y, por ello, generales del Derecho Penal, por lo que habrá de tener un carácter básico material. No obstante, a diferencia de las excusas legales absolutorias y de las condiciones objetivas de punibilidad, la prescripción no tiene relación directa con el injusto a juicio de este autor, sino que se trata de una consideración general tanto en relación al injusto como al sujeto responsable desde el punto de vista de la facultad punitiva del Estado, concluyendo que es esta relación con el elemento básico de la facultad sancionadora del Estado lo que ha hecho vacilar respecto de su naturaleza. Y por eso, para algunos sería de Derecho Penal y para otros de Derecho Procesal-Penal, pero –como acertadamente observa este autor– si consideramos que tanto una como otra disciplina son inseparables –pues ambas pertenecen al poder punitivo del Estado y tienen el mismo objeto, esto es, la cuestión criminal–, el problema se desvanece, pues ambas están sujetas a ciertos principios materiales comunes, uno de los cuales es la necesidad de la pena. Y en este sentido, daría lo mismo decir que es de Derecho penal o Procesal-Penal. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pág. 460 y ss.

señaladas –en España, resulta fundamental en este sentido la doble regulación en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal– la elección del fundamento determinará en definitiva la naturaleza (sustantiva o procesal) que se atribuya a la institución y, en consecuencia, el sentido en el que deben interpretarse las normas para aplicarlas al caso concreto⁵⁹¹. De este modo, el debate acerca de la naturaleza y el fundamento de la prescripción no se limita a una mera cuestión académica, pues de su solución se pueden derivar importantes consecuencias prácticas que en definitiva determinan –nada menos– que se castigue o no. Sobre estos problemas, reflexionaremos seguidamente.

Por nuestra parte, podemos aquí decir que la prescripción es “la extinción del vínculo entre delito y pena que se produce cuando tras la comisión del hecho, transcurre el periodo de tiempo señalado en la ley sin que el delito sea eficazmente perseguido”. De este modo, cuando opera la prescripción, se rompe el vínculo que sujeta al autor del delito a la potestad punitiva del Estado que, en consecuencia, no puede ya castigarlo.

Sin embargo, dado que el pasado no puede cambiarse, el hecho típico permanecerá como un hecho histórico, que por el mero transcurso del tiempo no deja de ser valorado negativamente por el ordenamiento jurídico. De otro modo no surgiría la obligación de indemnizar daños y perjuicios por vía civil aunque el delito haya prescrito. Por tanto, la antijuricidad, como cualidad del delito, tampoco se evapora.

Tampoco se ve afectada la culpabilidad, pues el ligamen entre el delito y la pena se rompe en virtud de la fuerza que la ley reconoce a una causa posterior a su comisión y que no depende del conocimiento ni de la voluntad del autor del hecho, como es el natural transcurso del tiempo unido a la inactividad procesal.

Lo que la prescripción extingue es la posibilidad de que el Estado castigue por el hecho, aunque el Código Penal se refiera a la extinción del presupuesto de tal posibilidad: la responsabilidad criminal. La prescripción, por lo tanto, afecta a la

591 Tiene razón MORILLAS CUEVA cuando afirma que “el análisis de la naturaleza jurídica de la prescripción penal está íntimamente conectado con el estudio de su fundamento ya que en la mayoría de las ocasiones, aquella depende de la solución dada a éste”. MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1980, pág. 28; MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (276).

punibilidad del delito⁵⁹² y por eso, más que definir la prescripción como institución, resulta más interesante referirse a la “posibilidad de prescripción” como aquella cualidad que puede estar o no asociada por el legislador a cada tipo penal y que determina que cuando haya transcurrido un periodo de tiempo determinado por la ley durante el cual no haya habido actividad procesal que suponga la persecución del delito, se extinga su punibilidad.

Nos parece más acertada esta aproximación a la institución, pues, por un lado, existen delitos que el legislador ha configurado como imprescriptibles -como los de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona-, lo que evidencia que la prescripción, aunque se regule en la Parte General del Código Penal, no es consustancial a todo delito, esto es, no se trata de una institución que obligatoriamente haya de ser aplicable a todos los tipos. Por otro lado, la concepción de la prescripción del delito como extinción de la posibilidad de castigar pero que mantiene intacto el hecho como hecho del pasado y su valoración como antijurídico sirve para defender, *de lege ferenda*, una regulación de la institución que no impida la celebración del juicio para la declaración de la antijuridicidad y culpabilidad del hecho que sirva como medida de protección y dignificación jurídica de las víctimas, máxime tratándose de delitos tan graves como los de terrorismo, sin perjuicio de que, por razón del tiempo transcurrido, la pena impuesta, al resultar ya innecesaria, no se ejecutase o se sustituyese por otro tipo de medidas.

A continuación, estudiaremos las principales aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre el fundamento y la naturaleza de la institución distinguiendo ambos conceptos, tradicionalmente entremezclados cuando no confundidos. En nuestro Derecho, la confusión se remonta a los orígenes de la prescripción penal, que se reguló desde los inicios de la Codificación a semejanza de la prescripción civil. Para distinguir adecuadamente fundamento y naturaleza, debe tenerse en cuenta que la prescripción civil responde principalmente a la necesidad de seguridad jurídica, mientras que la

592 Consideramos la punibilidad como una categoría autónoma de la teoría del delito. Siguiendo la distinción de origen italiano traída por COBO DEL ROSAL, puede decirse que la prescripción extingue la punibilidad en concreto del hecho, aunque se mantenga intacta su punibilidad en abstracto. Sobre esta distinción, cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», Estudios Penales y Criminológicos, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, págs. 10-53. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293> Esta cuestión se desarrolla más extensamente en otro capítulo del libro.

prescripción penal responde fundamentalmente a una finalidad distinta: la de no castigar los delitos cuando por razón del tiempo transcurrido no sea ya necesario. Pero ha de tenerse en cuenta que tal castigo sólo puede imponerse tras un proceso –el penal– que por aplicar un derecho distinto, responde también a unos principios distintos de los que rigen en el proceso civil.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE EL FUNDAMENTO Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN.

3.1. La confusión entre fundamento y naturaleza jurídica.

Si lo normal es que a la comisión de un delito le siga la imposición de una pena –pues, según la definición ya clásica de VON LISZT, el Derecho penal no es sino el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia⁵⁹³–, pero es posible que, conforme a la Ley, la pena no llegue a imponerse por haberse producido antes la prescripción, es claro que ésta debe fundarse en poderosas razones que permitan evitar la consecuencia normal de la comisión del delito.

Sin embargo, en la doctrina española, no existe acuerdo a la hora de señalar el fundamento de la prescripción. Las contradicciones se explican en gran medida, como apunta PEDREIRA, por la previa confusión que ha originado nuestro legislador⁵⁹⁴. Así, los continuos cambios legislativos en materia de prescripción que se han ido sucediendo en los distintos Códigos penales de nuestra Historia, con influencia en la jurisprudencia o al revés (influyendo la jurisprudencia en la posterior regulación legal) han dado lugar a que los comentaristas del Derecho positivo, a la hora de buscar soluciones aplicativas conformes con éste, hayan tenido que ir cambiando de criterio conforme lo hacían los

593 Cfr. VON LISZT, FRANZ: *Tratado de derecho penal*, Vol. I, Editorial Reus, Madrid, 1926, pág. 5.

594 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 49.

A juicio de PEDREIRA, puede decirse que la confusión arranca del Código Penal de 1822, pues el legislador subordinaba la operatividad de la prescripción al buen comportamiento del delincuente. Sin embargo, las constantes alusiones que a lo largo del texto se hacían a la “acción criminal” parecían apuntar que el legislador de 1822 se inclinaba por el carácter procesal de la institución, de acuerdo con la concepción dominante en aquella época y acogida por el Código de Instrucción Criminal francés y ante las dificultades que se planteaban por el retraso en la aprobación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 52.

En esta misma línea, REY GONZÁLEZ afirma que “la inseguridad que reina en la Doctrina y la Jurisprudencia en su interpretación, es consecuencia de que el propio legislador no ha seguido un criterio uniforme a lo largo de los distintos Códigos al regular la prescripción del delito; antes al contrario, hasta 1932, cada Código cambió completamente el sistema establecido por el anterior, lo que dificultó que pudiera perfilarse esta institución de forma clara”. REY GONZÁLEZ: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 15.

textos y su interpretación jurisprudencial. Pero también ha contribuido a la confusión, como pone de manifiesto GILI PASCUAL, el hecho de que la doctrina, al tratar la cuestión de la naturaleza jurídica de la prescripción, no siempre ha aludido a ésta, sino al fundamento de la institución⁵⁹⁵. De este modo, la confusión entre naturaleza jurídica y fundamento de la prescripción ha determinado que el ejercicio teórico de dilucidar la naturaleza jurídica de la institución para tratar de solucionar problemas de aplicación práctica no conduzca a resultados satisfactorios.

No obstante, cabe advertir que la mezcla de argumentos no siempre se ha hecho de forma inconsciente o por descuido. La conexión entre los conceptos de naturaleza y fundamento de la prescripción es puesta de manifiesto por MORILLAS CUEVA, que admite sin rodeos que el análisis de la naturaleza jurídica de la prescripción penal está relacionado íntimamente con el estudio de su fundamento, ya que en la mayoría de las ocasiones, aquélla depende de la solución dada a éste⁵⁹⁶. Incluso otros penalistas, como MIR PUIG, acuden directamente al fundamento de la prescripción para explicar su naturaleza⁵⁹⁷.

El debate acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción –y su confusión con el fundamento de la institución– se ha visto condicionado, a juicio de GILI PASCUAL, por tres factores: la falta de un adecuado distanciamiento de la institución de su homónima de Derecho Civil, la construcción eminentemente estática, reflejo de un modelo retribucionista y la falta de un sentido unívoco en los pronunciamientos

595 GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 21. Señala GILI cómo ambas cuestiones aparecen íntimamente conectadas, pero a su juicio, la que más importa es la relativa al fundamento, postura con la que coincidimos.

596 MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1980, pág. 28.

597 MIR PUIG considera que en nuestro Derecho, el fundamento de la prescripción de la infracción penal es doble: por un lado, existe un fundamento material, consistente en la falta de necesidad de la pena tras el transcurso del tiempo; y por otro un fundamento procesal, basado en las dificultades de prueba que determina el paso del tiempo. No obstante, a pesar de este doble fundamento, para este autor, la prescripción del delito tiene una naturaleza esencialmente material, y no de mero obstáculo procesal, pues, si la prescripción extingue la responsabilidad penal, habrá de absolverse al reo aunque la prescripción no haya sido alegada como artículo de previo pronunciamiento antes del inicio del acto del juicio oral (art. 666.3), coincidiendo así con DEL TORO y MUÑOZ CONDE. Por otro lado, señala este autor que de esta concepción se deriva la consecuencia de que las modificaciones legislativas de los plazos de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables. Si la regulación de la prescripción tuviese sólo carácter procesal, sus modificaciones podrían considerarse siempre retroactivas. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 773 y ss.

doctrinales, que contribuye a oscurecer el tratamiento de la cuestión⁵⁹⁸. A estos condicionantes, podemos añadir también nosotros el hecho de que, pese a los continuos cambios de criterio en los distintos Códigos Penales españoles, la regulación de la institución se ha mantenido en cambio intacta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la configura aún hoy, al igual que en su redacción original de 1882, como una de las cuestiones a plantear a instancia de parte como artículo de previo pronunciamiento antes del inicio de las sesiones del juicio oral (art. 666 y concordantes de la LECrim)⁵⁹⁹. Y ello a pesar de que esta concepción de la prescripción haya sufrido, desde su primera regulación en el Código Penal de 1822, una paulatina transformación tanto doctrinal como jurisprudencial, –cuyo arranque y sus razones explicara magistralmente explicara AGUILERA DE PAZ⁶⁰⁰–, que ha transformado radicalmente sus caracteres. Pero la evolución doctrinal no se ha visto acompañada de una revisión del texto en la Ley procesal.

Puede comprenderse que tal panorama legal no ayuda a llegar a acuerdos. El resultado final es una institución generalmente aceptada por distintas razones, pero de contornos imprecisos, a la que en última instancia, tras la aprobación de la Constitución de 1978, se le ha aplicado un barniz constitucional que, obviando en ocasiones la anticuada pero vigente regulación legal de la institución en la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal como artículo de previo pronunciamiento, pretende adaptar la institución a los tiempos modernos⁶⁰¹.

598 GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, págs. 20 y 21.

599 A la vista de la regulación en ambos códigos, señala MORILLAS CUEVA que tal dualidad lleva a la paradoja de que una causa extintiva de responsabilidad criminal y, por tanto, de carácter sustantivo, se toma por nuestro legislador en la LECrim como presupuesto de procedibilidad. Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, pág. 40.

600 AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo V, págs. 199-214. Se refiere este comentarista al art. 2 LECrim, según el cual “Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables al presunto reo (...)”. De ahí que la existencia de prescripción hubiera de consignarse aunque no se hubiese alegado o tal alegación no se hubiese hecho en forma.

601 Resulta así que los problemas que tradicionalmente se han pretendido resolver acudiendo a la naturaleza de la institución, pueden ahora resolverse acudiendo a principios constitucionalmente reconocidos, como es el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Sin embargo, la Constitución ha traído otros problemas, como es la irrupción del Tribunal Constitucional, que se ha arrogado competencia para interpretar las normas relativas a la prescripción de los delitos en la medida en que afecta a valores y principios constitucionales, llegando a contradecir la jurisprudencia del

Finalmente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, junto con la introducción en el Código Penal de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, ha venido a modificar profundamente la regulación de la institución en dicho texto legal, elevando algunos plazos de prescripción y tratando de resolver algunas de las cuestiones que venían suscitado más problemas en la práctica, como era la disparidad de criterios entre el Tribunal Supremo y el Constitucional en relación con la actividad procesal con eficacia para interrumpir el plazo de prescripción.

Veamos cómo se ha llegado a esta situación, comenzando por los orígenes y la evolución histórica general de la institución, para después centrarnos en la codificación penal española, hasta llegar a su regulación actual.

3.2. Origen y evolución histórica de la prescripción de los delitos

La posibilidad de prescripción de los delitos ha existido en la cultura jurídica de la Europa continental desde los tiempos de la Grecia clásica, donde habría nacido, como estima el estudioso del tema PEDREIRA, con la finalidad de dar un tratamiento igualitario a situaciones en que, por el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, razones de clemencia hacían preferible no castigarlo, pero al no existir reglas concretas, se producían situaciones desiguales⁶⁰². De los *Discursos Políticos* de DEMÓSTENES se deduce que ya entonces la prescripción era conocida, pues cuando éste fue acusado por Esquines, esgrimió la prescripción como una de las razones de su inocencia⁶⁰³. También del *Discurso* de LISIAS *contra Agorato*, en el que éste sostiene la imprescriptibilidad de los crímenes del primero, se desprende que ya entonces se conocía la prescripción del delito⁶⁰⁴ pues de no haber sido así, y dado que la pena

Tribunal Supremo.

602 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, M. Cobo del Rosal (director), Madrid, 2000, págs. 1081-1082.

603 Argüía DEMÓSTENES en su defensa: “sin embargo, cuando era posible imponerme un castigo según las leyes, si había cometido una injusticia en la rendición de cuentas, en las denuncias, en otros procedimientos legales, lo dejaste pasar. En cambio, cuando soy inocente en todos los aspectos, por las leyes, por el tiempo transcurrido, por la prescripción, por haber sido juzgado muchas veces ya acerca de todos los asuntos, por no haber quedado convicto de ninguna injusticia contra vosotros, y cuando es lógico que la ciudad participe en más o menos grado de la gloria de unos actos sancionados por el pueblo ¿ahora me salen al paso?”. Cfr. DEMÓSTENES: *Discursos Políticos*. Obras Maestras. Editorial Iberia, Barcelona, edición de 1969, pág. 349.

604 LISIAS: *Discursos*, *Discurso contra Agorato* (Discurso 13), Introducciones, traducción y notas

siempre ha sido consustancial al delito, no habría sido necesario hacer tal defensa de la imprescriptibilidad⁶⁰⁵.

Sin embargo, en el Derecho romano, durante la República (siglos V a I antes de Cristo), no se conoció la posibilidad de prescripción del delito, y no fue hasta los primeros tiempos del Imperio cuando comenzó a admitirse en algunos supuestos excepcionales. Tal fue el caso de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, del año 18 a. C., en virtud de la cual la acusación por adulterio, estupro o lenocinio sólo podía ejercitarse durante el plazo de cinco años⁶⁰⁶. Según refiere MARIANO R. LA ROSA, en un escrito posterior, aparecido entre el año 254 y el 302 a. C., en tiempos de Diocleciano, se puede leer lo siguiente: “*querela falsi temporalibus prescriptionibus non excluditur, nisi vigni annorum exceptione, sicut cetera feri quoque crimina*” (“Sostienes una causa más antigua que tu memoria, derivada de una muerte producida antes que nacieras”). De esto, se deduce que se había extendido la prescripción veinteñal a todos los delitos no expresamente exceptuados de esta posibilidad⁶⁰⁷.

de JOSÉ LUIS CALVO MARTÍNEZ, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1988.

Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 42, pie de página, con referencias al estudio de TREUDE, F.: *Die Verjährung nach Reichsstrafgesetzbuch, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristenfakultät der Ruperto Carola zu Heidelberg*, Heidelberg, 1908, pág. 13 y ss.

605 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 42, pie de página, con referencias al estudio de TREUDE, F.: *Die Verjährung nach Reichsstrafgesetzbuch, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristenfakultät der Ruperto Carola zu Heidelberg*, Heidelberg, 1908, pág. 13 y ss.

606 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, págs. 435-444.

En el mismo sentido, también MORILLAS CUEVA señala que son numerosos autores los que sitúan las precisiones más antiguas sobre la prescripción del delito o de la acción penal en la Roma de Augusto y, en concreto, en la *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) a través de la cual se fijaba un plazo de prescripción de cinco años para los delitos de estupro, adulterio y lenocinio, y cita a BERNER, MANZINI y PESSINA. Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, pág. 12.

607 LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 11-12.

Como explicara PESSINA, es con posterioridad, cuando brillan los grandes jurisconsultos, cuando surge con carácter general la prescripción de la acción penal en los crimina publica y con el lapso de veinte años, con las excepciones de la prescripción quinquenal para los delitos contra la honestidad y algunos otros de escasa significación y la relativa a la imprescriptibilidad de algunos delitos graves como

Fue precisamente en el Derecho Romano donde tuvo su origen el nombre de la institución que ha llegado hasta nuestros Códigos. La *praescriptio* era la parte extraordinaria de la fórmula procesal que se introducía al principio de la misma, y de ahí el nombre de la institución, ya que *praescribere* significa escribir delante. Este instituto consistía en una especie de aviso para el juez con el objetivo de concretar o delimitar lo que se pedía en el juicio. PEDREIRA apunta que de este modo, funcionaron de forma similar a las excepciones procesales, con las que acabaron confundiéndose⁶⁰⁸.

Sin embargo, en origen, las prescripciones y las excepciones no eran lo mismo. En su monografía sobre la prescripción en el derecho penal, MARIANO R. LA ROSA explica la diferencia: en general, se llamaba *praescriptio* (de *praescribere*) a la mención puesta al principio de la fórmula dirigida al juez por el pretor, que tenía por objeto restringir el proceso, dispensando al juez de examinar el fondo del negocio en el caso de que se verificase el hecho enunciado en la *praescriptio*. Así, existió entre la prescripción y la excepción esta diferencia: que la primera, si era cierto el caso en que se fundaba, dispensaba también de ocuparse del asunto, mientras que la excepción exigía que se examinara éste, puesto que era preciso ver, por ejemplo, si había dolo, violencia, pacto de remisión, etc.; la una se puso en el principio y la otra en el cuerpo de la fórmula⁶⁰⁹.

Bajo Constantino, la práctica judicial se convirtió en precepto de ley; el término fue fijado en un año, y después, por Justiniano fue llevado a dos. Junto con estas normas concernientes a las acciones públicas, el pretor estableció, para las acciones penales privadas, el término de decadencia de un año desde el día del delito. Después, por analogía con la prescripción extintiva de las acciones fiscales, el término de veinte años fue aceptado para todas las acciones fiscales, a excepción de las acciones de parricidio y de apostasía, sometidas a la prescripción treintañal solamente a partir de la época de Teodosio II. El derecho romano no admitía la prescripción de la pena ya infligida⁶¹⁰.

el parricidio por su atrocidad, la suposición de parto por la imprescriptibilidad del estado de las personas y la apostasía por la influencia del cristianismo que había llegado a ser la religión del Estado. Cfr. PESSINA, ENRIQUE: *Elementos de Derecho Penal*, Traducción de González del Castillo, 1ª parte, Madrid, 1892, pág. 437.

608 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, M. Cobo del Rosal (director), Madrid, 2000, págs. 1081 y 1082.

609 LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 11.

610 LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008,

El Derecho positivo de la Edad Media, inspirado en los principios romanos acogió la prescripción de la acción penal, salvo el Derecho inglés, que rechazó el Derecho romano y con él la prescripción penal⁶¹¹. También el Derecho germano desconoció la prescripción, que no es tratada en la *Constitutio Criminalis Carolina* o *Lex Carolina* de Carlos V, considerada el primer cuerpo de derecho penal alemán. Según refiere MORILLAS CUEVA, parece ser que la prescripción tuvo entrada en los Estados alemanes en el transcurso de los siglos XVI y XVII⁶¹².

En España, el Fuero Juzgo trataba en su Título II, dividido en siete leyes, de la prescripción de treinta o cincuenta años. Para los siervos fugitivos, el plazo era de cincuenta años, si bien el término común era de treinta: *“todo se prescribe por ese tiempo, los pleitos buenos y malos, si fueren demandados es más si fueren de algún pecado”* (Título II, Ley II)⁶¹³. También en las Partidas se encuentran algunas disposiciones sueltas referentes a la prescripción de las sanciones penales, que cuidadosamente ha recopilado en su monografía el argentino MARIANO R. LA ROSA: en la tercera Partida *“que habla de la justicia, como se ha de hacer ordenadamente en cada lugar por palabra de juicio o por obre de fecho”*, en relación con la pena que merecen los *“robadores”*, se dice que *“esta pena debe ser demandada fasta un anno desde el día en que el robo fue fecho”*. La Partida VII, que contiene la legislación penal, al referirse a los hurtos y robos dice que *“si el Rey el Consejo non demandasse el hurto que auia fecho el su oficial, después que los supiere por cierto, fasta cinco annos, non le podría demandar pena”*. Y en la misma Partida existe otra disposición relativa al adulterio y la vinculación que dice que *“Delante del juez seglar que a poderío de apremiar al acusado, puede ser fecha la acusación del adulterio desde el día en ue fue*

pág. 10.

611 PESSINA, ENRIQUE: *Elementos de Derecho Penal*, Traducción de González del Castillo, 1ª parte, Madrid, 1892, pág. 438.

612 Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (271). En el mismo sentido, LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 12, que añade que Prusia, en 1620, admitió la prescripción, con limitaciones, para los delitos graves. En 1656 se la recibió en la Baja Austria como una institución totalmente nueva, tomada del derecho bárbaro.

613 Cfr. LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, págs. 15-16; MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, págs. 12 y ss.

fecho este pecado fasta cinco annos e dende en adelante non podría ser fecha acusación sobre él, fueras ende si el adulterio fuse fecho por fuerca. Ca entonces, bien podría ser ende acusado el que lo fiso fasta treinta anno". En materia de falsedades, el término era de veinte años: "*cada uno del pueblo puede acusar a aquel que faze falsedad... E puede esto fazer el día que fuese fecha la falsedad hasta veynte annos*". Para el estupro y el incesto el plazo de prescripción era de veinte años. Para las injurias, era de un año: "*fasta un anno puede todo ome demandar enmenda de la desonra o del tuerto que recibió*"⁶¹⁴.

En cualquier caso, debe señalarse que el primer ordenamiento sistemático de la prescripción del delito no apareció sino en el Código Penal francés, de 1791 que, en su Título VI, contenía por primera vez un conjunto ordenado y sistemático de disposiciones en materia de prescripción penal. Estas normas —que sin apenas modificaciones fueron reproducidas en los arts. 9 y 10 del Código del 3 de Brumario del año IV—, sirvieron de base a la regulación posterior del Código de Instrucción Criminal de 1808, que sirvió a su vez de inspiración a la inmensa mayoría de las legislaciones europeas, entre la que se encuentra la nuestra⁶¹⁵. Esta regulación admitía la prescripción para todos los delitos, sin contemplar la figura de la imprescriptibilidad.

3.2.1. La separación de la prescripción penal respecto de la prescripción civil

Si repasamos la evolución de la institución de la prescripción del delito, observaremos que la institución ha evolucionado desde una concepción inicial a imagen y semejanza de la prescripción extintiva civil hasta alcanzar su propia autonomía conceptual.

614 Cfr. LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, págs. 15-16.

615 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, págs. 435-444.

También MORILLAS señala que es a finales del siglo XVIII y principios del XIX cuando, a través de la influencia de la ley francesa de 1791 y el posterior Código de Instrucción Criminal de 1808, se reguló de forma sistemática la institución. Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, págs. 12 y ss.

Los paralelismos entre prescripción extintiva civil y prescripción penal se remontan al Derecho romano. Para FEUERBACH, “difícilmente la prescripción tenga otra razón que la máxima de los doctrinarios romanos, de ampliar y redondear el sistema mediante la aplicación analógica de cierto principio jurídico. De la prescripción extintiva de la acción se deriva la consecuencia puramente lógica y también natural de la prescripción extintiva de la acusación (*accusationum*). Lo que pueda decirse de los fundamentos jurídicos de su introducción en el sentido político o material es una conjetura fundada y no probada”⁶¹⁶.

En nuestro Derecho codificado, el origen iuscivilista de la prescripción penal salta a la vista en la regulación de la institución todavía vigente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la configura como uno de los artículos de previo pronunciamiento a alegar a instancia de parte y que en caso de estimarse impediría la celebración del juicio oral⁶¹⁷. Tal concepción de la institución en España no es sino el resultado de haberla trasplantado al proceso penal tal y como se la concebía en el proceso civil, aunque cabe también apuntar que la regulación de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 se inspira a su vez en el Código Penal de 1870, entonces vigente en nuestro país. Esta mentalidad, hoy abandonada, ha servido sin embargo para abonar el terreno a las tesis que defienden su naturaleza procesal, con las consecuencias que a ello ha asociado la doctrina, como la imposibilidad de apreciación de oficio o la posibilidad de aplicación retroactiva de los plazos modificados aun en perjuicio del reo, fomentando asimismo el debate sobre la

616 FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON: *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de la 14ª edición alemana (1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 88. Citado en PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, págs. 435-444 (432 a pie de página).

617 En este sentido, GONZÁLEZ TAPIA explica, apoyándose en DEL TORO, que el hecho de que la prescripción surgiera en el ordenamiento civil, que su regulación positiva guarde una sistemática jurídico-civil y la influencia que ha ejercido la idea de que la prescripción se fundamenta en la dejadez, negligencia o abandono del titular en la defensa de sus derechos, ha propiciado un entendimiento civilista de la prescripción del delito. GONZÁLEZ TAPIA, Mª ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 37.

PEDREIRA GONZÁLEZ explica que el hecho de que la prescripción del delito se enfocara inicialmente desde parámetros jurídico-civiles, tanto en su configuración legal como en su interpretación, se debe a que la figura de la prescripción del delito apareció en nuestro ordenamiento jurídico en un momento en el que el Derecho penal no había adquirido la suficiente individualidad y categoría científica. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 39.

naturaleza jurídica de la institución. Cabe por ello mencionar que las concepciones más puristas que conciben la prescripción del delito como institución puramente procesal resultan hoy inviables por ir contra la Constitución, que consagra la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3).

Esta cuestión, relativa a la posibilidad o no de aplicación retroactiva de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, y que supone una indudable modificación en perjuicio de tales reos en relación con su situación anterior, se abordará en otro capítulo. Por ahora, merece la pena detenerse en las diferencias existentes entre la prescripción extintiva civil y la prescripción penal, a fin de dejar sentado el distinto fundamento de ambas, antes de continuar con la cuestión relativa a la imprescriptibilidad (que se configura como la negación de tal posibilidad de prescripción) de los delitos en general y de los de terrorismo en especial.

3.2.1.1. Diferencias entre la prescripción extintiva civil y la prescripción penal

En el ámbito civil, la prescripción consiste, en su acepción más general, en la transformación reconocida por la Ley de un estado de hecho en un estado de derecho por el transcurso del tiempo. Habiéndose discutido si el objeto de la prescripción civil era el derecho mismo o la acción para ejercitarlo, como explica ARROYO AMAYUELAS, se ha llegado a la conclusión de que claramente son ambas cosas las que se extinguen, dada la solidaridad entre las ideas de obligación, derecho y acción respecto al deudor y al acreedor. El texto del Código Civil no deja lugar a dudas, zanjando definitivamente la cuestión al establecer expresamente que se extinguen por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean (art. 1.930, párrafo 2º)⁶¹⁸.

618 Todavía pueden hacerse algunas puntualizaciones más. Tratándose de derechos de crédito, donde la pretensión a solicitar el cumplimiento es el contenido principal del derecho, es habitual que se hable de la extinción no sólo de la pretensión, sino también del derecho cuando en realidad, el denominado efecto débil de la prescripción sólo impide al acreedor imponer coactivamente al deudor el cumplimiento de la prestación – aunque el Código Civil no se ocupa de esto, sí que se indica expresamente en el art. 121-4 del Código Civil de Cataluña –, de modo que mientras que la prescripción no se alegue (cabe recordar que en el ámbito civil, a diferencia del penal, es necesaria la alegación de la prescripción a instancia de parte), el crédito es exigible, podría oponerse la compensación y, se haya alegado o no, no será reputado donación el pago realizado *solvendi causa* de la obligación prescrita. Y de este modo, si el crédito subsiste, aunque sea privado de coercibilidad, lo que sobrevive a la pretensión no es una obligación natural. Cfr. ARROYO AMAYUELAS, ESTHER: «Efectos de la prescripción extintiva», en *La*

Sin embargo, no existe en el Código Penal un artículo similar que permita zanjar la cuestión de forma similar, puesto que no cabe identificar el ejercicio del *ius puniendi* o derecho a penar del Estado (que sólo actuará ante la comprobación del hecho delictivo y de la participación en él del acusado) con el ejercicio de la acción penal, que asiste a todos los sujetos de Derecho que cumplan con los requisitos de capacidad de los arts. 101 y 102 LECrim. La distinción es explicada claramente LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “La acusación no es la realización ni el ejercicio del *ius puniendi*, sino una condición para su realización o ejercicio. Así pues, en la acción penal no se ejerce el *ius puniendi*, sino el *ius persecuendi* como condición para que el Tribunal ejercite y realice el *ius puniendi* del Estado. El contenido de la acusación es, como indica GOLDSCHMIDT, la petición de que el juez ejercite su derecho de penar. Por ello, no puede decirse que la acción penal supone el ejercicio del *ius puniendi*, pues, ni los particulares ni el Ministerio Fiscal ostentan tal derecho. La acción penal implica, en el ámbito procesal penal, la pretensión de que el Tribunal ejercite el derecho a penar”⁶¹⁹.

Resulta por tanto que, pese a que prescripción civil y prescripción penal comparten la raíz común de fundamentarse originariamente en el efecto destructor de las relaciones jurídicas que se asocia al inexorable transcurso del tiempo⁶²⁰, como apuntara CARRARA⁶²¹, “los principios de la prescripción penal son esencialmente diferentes de los de la prescripción civil: son dos hechos jurídicos que encuentran idéntica denominación, para después no tener semejanza alguna”. La razón última de las diferencias entre prescripción civil y prescripción penal se encuentra en la naturaleza radicalmente distinta de las relaciones jurídicas que extinguen: la prescripción civil extingue un derecho subjetivo de libre disposición o la facultad de reclamarlo ante los

prescripción extintiva, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 252-253.

619 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 661.

620 Como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, “la relevancia que se le concede al transcurso del tiempo es común a todas las disciplinas jurídicas. No debe extrañar, por tanto, que también para el derecho penal sea significativo el paso del tiempo, y su proyección no solo para el delito, sino asimismo para la pena”. COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 748. En efecto, en el ámbito penal, puede hablarse de prescripción tanto del delito como de la pena.

621 CARRARA, FRANCESCO: *Opuscoli di Diritto Criminale*, 4ª ed. Vol. II, Prato, 1885, pág. 98.

tribunales, mientras que la prescripción penal extingue la relación de sujeción del autor de un delito a la pena estatal.

Cabe aquí adelantar que este aspecto de la pena, su estatalidad, es sin embargo uno de los aspectos fundamentales que justifican la imprescriptibilidad de determinados delitos en el ámbito internacional, a fin de evitar su impunidad. Para ello, se hace necesario que sea la autoridad de otro Estado distinto del que ampara la comisión de los crímenes, o una organización internacional quien proceda al enjuiciamiento. Esto entronca con los Principios de Núremberg, concretamente con el II, en el que, sin emplear expresamente el término “imprescriptibilidad”, sí se señaló que el hecho de que la ley interna no imponga una pena por un acto que constituya un crimen internacional, no exime a la persona que cometió el hecho de responsabilidad conforme al derecho internacional (*“The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law”*)⁶²².

Respecto de la previsión en el Código Penal español de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, se estudiará en el apartado correspondiente en qué medida resulta aplicable este fundamento, o si es otro el que la sustenta.

A continuación, conviene dejar señaladas las diferencias más sobresalientes entre la prescripción extintiva civil y la prescripción penal en atención a distintos parámetros, a fin de depurar el concepto de prescripción (y consecuentemente el de imprescriptibilidad) penal de toda connotación que responda a fundamentos ajenos al Derecho penal.

- *El distinto tratamiento procesal que reciben. La prescripción penal como materia de orden público.*

El proceso civil y el proceso penal responden a distintas necesidades y por eso se configuran de distinta manera. Mientras que el proceso civil sirve para la tutela de

622 Report of the International Law Commission covering its Second Session, 5 June - 29 July 1950, Document A/1316. <http://legal.un.org/ilc/sessions/2/docs.shtml>

intereses privados, en el proceso penal hay un interés público en imponer la pena al autor de un delito.

Por eso, en materia civil, el derecho del acreedor puede ser realizado fuera del proceso y aun una vez judicializada la cuestión las partes conservan, por lo general, facultades de disposición sobre el objeto, pudiendo el acreedor disponer de su derecho, renunciando a su acción, condonando la deuda, etc., lo cual, conforme al art. 1.156 Código del Civil, dará lugar a la extinción de la obligación y con ella a la responsabilidad civil del deudor. Pero en materia penal, para la imposición de la pena, siempre será necesario el proceso y su objeto no puede ser, por lo general, objeto de transacción (a salvo la posibilidad de conformidad con los hechos objeto de acusación en los casos legalmente previstos).

Estas diferencias, hoy claras, no lo eran tanto en los inicios de la codificación española. Por eso, aunque hoy la prescripción civil y la penal difieren también en cuanto a su tratamiento procesal, en un principio, el tratamiento de la prescripción penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se diseñó, como se verá, a imagen y semejanza de la prescripción civil. Como explica resumidamente GIMENO SENDRA, a diferencia de la prescripción civil –que integra una auténtica excepción procesal y exige, por tanto, la previa alegación en el proceso por la parte interesada, al constituir una causa de extinción de la responsabilidad criminal–, la prescripción penal ostenta naturaleza material y, como consecuencia de la prevalencia del derecho fundamental a la libertad (hoy señalada en los arts. 1.1 y 17 CE), es de orden público. Por eso, no es necesario que sea expresamente alegada por las partes para poder ser tomada en consideración por el tribunal quien, al igual que las demás causas de exclusión de la penalidad, las ha de examinar de oficio, incluso dentro de la instrucción sin necesidad de esperar al planteamiento de los artículos de previo pronunciamiento o de las cuestiones previas en el procedimiento abreviado⁶²³.

Merece una mención especial la consideración de la prescripción penal como materia de orden público. Ya se desarrolló la cuestión relativa a este concepto al tratar

623 En el proceso penal abreviado, tales cuestiones pueden plantearse oralmente en la comparecencia previa ubicada en al inicio de las sesiones del juicio oral (art. 786.2 LECrim), siendo solucionados en el acto por el juez de lo penal o por la Audiencia Provincial. Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3ª edición, 2013, págs. 404-405.

sobre el fin subjetivo, en los delitos de terrorismo, de “alterar gravemente la paz pública” y la relación de este concepto con el de “orden público”. Dijimos que la noción de orden público, referida en sus inicios al orden en las calles, adquirió con Napoleón el significado de principio inspirador del ordenamiento jurídico privado, sin que no obstante el concepto perdiese del todo su acepción inicial, como demuestra su uso en leyes como la española 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público⁶²⁴. Si en el apartado correspondiente al terrorismo examinamos con mayor detenimiento el aspecto originario del concepto, al hablar ahora de una institución jurídica “de orden público”, debemos detenernos en el examen de la cuestión desde el punto de vista de las instituciones jurídicas.

Conforme al Diccionario de la Real Academia, el “orden público” es según la primera acepción, la “situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades”. Aunque también es el “conjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos” y el “conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera”⁶²⁵. Por su parte, el *Diccionario Jurídico* de Aranzadi señala cómo dentro del Derecho Administrativo, la denominación de orden público ha tenido una notable evolución desde su carácter peyorativo en el régimen franquista, donde la Ley de Orden Público constituía un elemento de defensa del mantenimiento de aquel régimen político con la negación de libertades a los ciudadanos, hasta su regulación actual, tanto constitucional como legal, donde el orden público pasa a ser un concepto positivo que debe integrar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos⁶²⁶.

El concepto de orden público en materia civil, es definido por BERCOVITZ, de manera extrapolable al conjunto del ordenamiento jurídico, como el “conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos obligatorios para conservar el

624 «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1959, páginas 10365 a 10370. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1959-10346>

625 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.ª edición, publicada en octubre de 2014.

626 *Diccionario jurídico Aranzadi Westlaw*: definición de “orden público”. Cfr. www.aranzadidigital.es.

orden social del pueblo en una época determinada”⁶²⁷. Se trata, en definitiva, de un concepto jurídico indeterminado que ha de ser concretado caso por caso⁶²⁸, como ocurre respecto de los preceptos constitucionales en que se emplea esta expresión, siendo lo habitual que el concepto se concrete luego en las leyes orgánicas de desarrollo, que vienen a caracterizarlo como orden en las vías y en los espacios públicos⁶²⁹.

Aunque también el Tribunal Supremo, en materia contencioso-administrativa, ha otorgado al concepto un significado más amplio, al afirmar que *“tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden*

627 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de derecho civil, Derecho privado y derecho de la persona*, ed. Bercal, 5ª edición, 2011.

628 Así lo señala el Tribunal Supremo: *“el concepto de orden público, por su carácter de concepto jurídico indeterminado, supone la necesidad de que se acrediten las circunstancias que justifiquen su realidad”*. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia de 19 noviembre 1984 (RJ 1984, 6220); Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia de 20 de junio de 1988 (RJ 1988, 4638). De modo similar, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 octubre 1983 (RJ 1983, 5187) afirmaba que se trata de un *“concepto jurídico indeterminado que exige una prueba detallada y precisa de los presupuestos fácticos que la hagan aplicable”*.

629 El art. 16.1 de la Constitución afirma que *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”* y en el art. 21, tras reconocerse el derecho a la reunión pacífica y sin armas, se señala en el apartado segundo que *“En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”*.

Respecto del concepto jurídico indeterminado de orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad ideológica y de culto, el art. 3.1 Ley Orgánica de Libertad Religiosa lo concreta en *“la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública”*. Cfr. Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 46/2001 de 15 de febrero (RTC 2001, 46); Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 154/2002 de 18 de julio (RTC 2002, 154).

Respecto del derecho reunión, la noción de orden público se concreta en el art. 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de junio, reguladora del derecho de reunión, modificada por Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril, que permite la suspensión y disolución de manifestaciones si se producen alteraciones de orden público, y que la doctrina constitucional ha calificado de *“una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de las personas o a la integridad de bienes públicos o privados”*. Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 66/1995 de 8 de mayo (RTC 1995, 66); Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 195/2003 de 27 de octubre (RTC 2003, 195).

público de las libertades”⁶³⁰, y que “*el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente de sus derechos y libertades*”⁶³¹.

No obstante, el Código Penal de 1995 retomaría la acepción del “orden público” como orden callejero, pues este concepto se emplea para agrupar los delitos que por lo general causan una mayor alarma social o desórdenes en las vías y espacios públicos y que, en general denotan una falta de respeto a la autoridad establecida. En el Código Penal, en el Título XXII del Libro II bajo la rúbrica de “Delitos contra el orden público”, se agrupan los de sedición (sic), los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia, los desórdenes públicos, la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, junto con las definiciones de los conceptos y los delitos cometidos en relación las organizaciones y grupos criminales y las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo.

Pero con carácter general, cuando la doctrina jurídica y la jurisprudencia se refieren a que una materia es “de orden público”, aluden con ello a que no se trata de una materia disponible por las partes, que se trata de normas imperativas que en todo caso han de ser observadas y excluyen el juego de la autonomía de la voluntad, como hace el art. 6.2 del Código Civil al señalar que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. Sin embargo, no por ello con el concepto se deja de aludir a un cierto orden en las calles, como se desprende de algunos preceptos de las leyes procesales que conceden amplias facultades a los tribunales en la dirección de los procesos para garantizar que la celebración de una vista no afecte en el exterior⁶³². Se trata de la esencia del concepto, inicialmente referido al

630 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia de 27 de enero 1987 (RJ 1987, 331).

631 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia de 20 de enero 1989 (RJ 1989, 392).

632 Así la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge en su art. 138.2, en consonancia con lo dispuesto en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias se celebren a puerta cerrada “cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

orden en las calles, introducido por Napoleón como principio ordenador del Derecho privado. Tenemos por tanto que, en general, cuando una materia se considera de orden público, se hace para excluir la facultad de disposición de las partes y permitir que la autoridad judicial estime la apreciación de determinadas circunstancias, sin sujeción al régimen de preclusión y por lo tanto aunque no hayan sido alegadas en el momento procesal oportuno⁶³³.

La prescripción misma, como pérdida de la posibilidad de realizar derechos o facultades, es renunciable en el ámbito civil e irrenunciable en el ámbito penal. En este sentido, GILI PASCUAL explica que la prescripción penal no es disponible “porque no se instituye en interés particular (*aunque su verificación beneficie al reo*), sino de la sociedad, que decide no utilizar los mecanismos penales donde ha dejado de estimarlo necesario. Pudiera decirse, incluso, que la prescripción se crea en provecho de la sociedad, y que el inculpado se beneficia a pesar de ello. Por tanto, desde el fundamento de la institución no cabe sino concluir que la prescripción debe operar a pesar de la voluntad de los acusados, pues de otro modo se alteraría su esencia”⁶³⁴.

633 Es lo que ocurre, por ejemplo, en relación con los procesos civiles sobre el estado civil de las personas, como son los que tratan sobre su capacidad de obrar –precisamente considerados especiales por la LEC por afectar a una materia que se considera de orden público–, respecto de los cuales el Tribunal Supremo ha declarado que es uniforme y consolidada la doctrina de que la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad (audiencia de los parientes más próximos, al presunto incapaz y examen de éste por el propio juez), en cuanto cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional, puede ser apreciada incluso de oficio. Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 185/2000 de 4 de marzo (RJ 2000, 1342), con reiteración de varias.

Y de ahí que se prive también a las partes de las facultades de disposición que les corresponden en los procesos sobre materias civiles sobre materias patrimoniales, donde rige el principio dispositivo. Así por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia explica que “*la incapacitación de una persona es una cuestión que afecta directa e inmediatamente al ejercicio de los derechos y libertades consagradas en la Constitución, aún más, al núcleo esencial de los derechos que le son inherentes y que configuran su estado civil, se erige en cuestión que escapa del interés puramente privado para entrar de lleno en la esfera del orden público, de lo que se deriva la desvirtuación del principio dispositivo y su sustitución por el inquisitivo de modo que queda fuera del poder de las partes la iniciación del proceso, la facultad de delimitar el objeto de la contienda, la transacción, allanamiento o sumisión a arbitraje, así como los principios de aportación de parte y verdad formal ceden ante los principios de oficialidad de la investigación al objeto de que el juzgador llegue a conocer la verdad real*”. SAP Valencia, Sección 10ª, sentencia núm. 310/2002 de 30 de mayo (JUR 2002, 250987).

634 GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 96.

PEDREIRA GONZÁLEZ, sin embargo, no considera necesario llegar tan lejos ni poner de manifiesto que ni el proceso penal ni los derechos que están en juego en el mismo son susceptibles de disposición por el inculpado, aunque sea él el principal beneficiado por los mismo, y menos aún frente al interés de lo que pueda llegar a pensar la opinión pública de sujeto al que afecta la prescripción. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 41 a pie de página.

En realidad, como sostiene GARCÍA-TREVIJANO, y ya se expuso con detenimiento al tratar sobre el concepto jurídico del terrorismo, el concepto de “orden público” que hoy en día recogen las leyes es una degeneración que se produjo por la evolución negativa de la Revolución Francesa, al tomar Napoleón este concepto—que hacía referencia al orden en las calles, como se desprende del art. 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798— como principio de ordenación de la sociedad, introduciéndolo en las instituciones civiles, a las que llamó “instituciones de orden público”⁶³⁵. De ahí que en lugar de profundizar en el significado de la prescripción penal como materia de orden público consideremos preferible señalar las concretas características que la jurisprudencia le ha asignado, siguiendo este criterio, a efectos de su tratamiento procesal, esto es, la posibilidad de su apreciación en cualquier

PEDREIRA pone de manifiesto lo discutida que ha sido la cuestión de la renunciabilidad de la prescripción en el Derecho italiano, de modo que la Corte constitucional italiana, tras una serie de resoluciones en las que había manifestado su rechazo a la posibilidad de renunciar a la prescripción penal, en el año 1990, por medio de una sentencia de tipo aditivo, introdujo en el marco del art. 157 del Código Penal la renunciabilidad de la prescripción.

635 Explica GARCÍA-TREVIJANO que “El orden público aparece, como concepto, en su última etapa, unos meses antes de que Napoleón llegase a ser cónsul. Al principio se llamaba opinión pública y, durante su desarrollo, pasó a llamarse espíritu público, un concepto etéreo de orden espiritual que fue un fracaso.

El Ministerio de Interior y los Jefes de Policía les daban instrucciones a los prefectos de Policía de toda Francia y les realizaban preguntas sobre si existía un espíritu público. Las respuestas de los policías son formidables: decían que sí, por espíritu público se refieren a algo intangible, que no habían visto nada. Pero si por espíritu público se entiende que no hay atracos, que se puede circular por las carreteras y que se puede salir de noche por las calles pues sí. A eso le llamaron orden público.

Napoleón toma esto como principio de ordenación de la sociedad. Y no sólo de lo que se llama orden callejero sino que dentro incluso del Código Civil introduce la noción de orden público para las instituciones civiles y las llama «instituciones de orden público». Esto supuso una degeneración que todavía no ha sido regenerada”. GARCÍA-TREVIJANO FORTES, ANTONIO: Intervención en el programa de radio *Libertad Constituyente* el día 22 de febrero de 2012. <http://www.diariorc.com/primera-epoca/?p=7987>

En la *Teoría pura de la República*, GARCÍA-TREVIJANO cuenta, refiriéndose a Napoleón, que “el Código civil, que la Revolución de los abogados y propietarios intentó y no logró instituir, él lo hizo cuando imaginó que el orden privado sería inestable si no se conformaba como el orden público de los reglamentos militares. Un descubrimiento trascendental que le permitió construir, por primera vez en Europa, el Estado administrativo, o sea el Estado moderno, con el método conservador de un buen padre de familia mediterránea, riguroso con sus hijos, pero ordenador de sus licencias de libertad con el principio republicano de la igualdad ante la ley paterna. Esa obsesión por el orden básico y elemental, le hizo participar personalmente en la redacción de muchos preceptos del título sobre la familia en el Código Civil. Nada presagiaba, en cambio, que el mediocre general Bonaparte llegara a ser, llamándose Napoleón, uno de los más grandes militares de la historia universal. Sin éste genial perturbador del orden internacional, como principio de acción unitaria de orden nacional, los Estados europeos del continente son serían lo que hoy son”. GARCÍA-TREVIJANO FORTES, ANTONIO: *Teoría pura de la República*, ediciones MCRC, pág. 116.

momento del proceso, incluso de oficio⁶³⁶. A lo que la doctrina añade la imposibilidad de renuncia⁶³⁷.

- *La distinta concepción de seguridad jurídica a que obedecen*

Siguiendo con las diferencias entre prescripción penal y prescripción civil, cabe señalar que ésta tiene su fundamento principal en la necesidad de certeza. La institución tiene por finalidad que las relaciones inciertas de derecho queden libres de dudas y controversias, que la incertidumbre quede encerrada en un lapso de tiempo determinado. En palabras de ARROYO AMAYUELAS, la prescripción se basa en la conveniencia de poner un límite al ejercicio intempestivo de los derechos que garantice a todos un momento, un estado de paz y tranquilidad en el que nos sepamos a salvo de acciones de terceros, pues no parece razonable que el deudor de un precio sienta la amenaza constante, perpetua de ser demandado de pago. Parece adecuado que, transcurrido un determinado tiempo (plazo de prescripción), la inactividad del acreedor (que no reclama), y también del deudor (que no reconoce la deuda) permitan considerar el asunto como zanjado, impidiendo a aquél reclamar (o más exactamente, permitiendo a éste alegar la prescripción como causa que justifica el impago)⁶³⁸.

En materia penal, y sin perjuicio de que el principal argumento en favor de la prescripción continúe siendo la falta de necesidad de pena transcurrido un tiempo desde la comisión del delito⁶³⁹, la idea de necesidad de seguridad jurídica cobró gran

636 En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 31 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8415) se recuerda que *“la prescripción de orden público, la misma puede ser alegada en cualquier fase del procedimiento e incluso apreciarse «ex officio» -vid. sentencia de 16 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8658)-; de tal modo que no puede ofrecer duda que esta cuestión puede ser examinada en el trámite casacional -vid. sentencias de 14 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9758), 5 de enero y 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 233 y RJ 1988, 8969)”*.

637 Así, GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 96.

638 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER: «Efectos de la prescripción extintiva», en *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 126-127.

639 Por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se afirma expresamente que *“El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo”*. «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

relevancia por influencia del texto de la Constitución de 1978, que en su art. 9.3 elevó el valor de la seguridad jurídica a la categoría de garantía consagrada constitucionalmente. No obstante, en el ámbito penal no existe la idea de tráfico jurídico que existe en el ámbito civil y en el mercantil, por lo que la seguridad jurídica no está llamada a cumplir ese relevante papel de protección de dicho tráfico.

En otro apartado de este trabajo se tratarán extensamente los aspectos en que se concreta, en materia de prescripción penal, la idea de seguridad jurídica. Por ahora, para diferenciar la prescripción penal de su homónima civil, basta con señalar que el fundamento último de la prescripción penal radica en la necesidad de pena y no la necesidad de seguridad jurídica. Ésta afectará a determinados aspectos de la regulación positiva –como es la existencia de plazos de prescripción tasados e iguales para todos los que hayan cometido el mismo delito–, y explica situaciones difícilmente justificables desde el punto de vista de la necesidad de pena, como es la posibilidad de que la pena sea impuesta si la prescripción se interrumpió por la actividad procesal el último día del plazo pero no si la actividad procesal se produjo el día siguiente. Pero, de todos modos, la idea de salvaguardar la seguridad jurídica no es la razón de ser la prescripción penal, pues el delito –que supone en sí mismo un ataque contra toda idea de seguridad jurídica– ya se ha cometido y además el delincuente tiene en su mano la posibilidad de entregarse y poner fin a la situación de incertidumbre sobre si será o no sometido a juicio. Al regir en materia penal el principio de legalidad y tener el Estado la obligación de enjuiciar en todo caso los delitos que se sometan a su conocimiento, la situación de incertidumbre en que puede encontrarse el autor de un delito no es injusta, pues no depende de la voluntad de otro (el Estado) que deliberada y arbitrariamente lo mantenga en una situación expectante y de incertidumbre.

Por otro lado, la existencia de delitos imprescriptibles, que puede justificarse desde el punto de vista de la necesidad permanente de pena mientras viva el autor (así los delitos de terrorismo con resultado de muerte, conforme expresamente afirma la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), pone de manifiesto la posibilidad de que para determinados delitos no se admita la prescripción y no por ello se crea inseguridad jurídica. Lo que demuestra que la seguridad jurídica no fundamenta, en última instancia la prescripción del delito.

- *La idea del castigo a la negligencia del acreedor que fundamenta la prescripción civil pero que no es aplicable a la prescripción penal*

La prescripción civil también se basa en la presunción de la extinción del derecho que la acción protege, fundada a su vez en la inverosimilitud de que su titular hubiere descuidado tan largo tiempo el ejercicio de su acción si no fuese porque el derecho mismo se ha extinguido, aunque no pueda probarse tal extinción. Ligado a esto, se encuentra la idea del castigo a la negligencia del titular del derecho, que en todo caso perderá la ocasión de ejercitarlo ya si no lo hizo antes. ARROYO AMAYUELAS aclara que no se trata de que la inactividad del acreedor haga presumir que no tiene intención de ejercitar su derecho, sino que lo que sucede más bien es que, al ser titular de un derecho, el ordenamiento prefiere tutelar los intereses del deudor, dada la prolongada inacción del acreedor, y en cierto modo, su falta de mínima diligencia, al haber dejado transcurrir el plazo de prescripción sin siquiera haber reclamado extrajudicialmente su derecho⁶⁴⁰.

Pero esa idea de dejadez en el ejercicio de un derecho que fundamenta la prescripción civil no puede trasladarse tal cual al ámbito penal como fundamento de la prescripción, porque el denominado *ius puniendi* no es un auténtico derecho subjetivo

640 ARROYO AMAYUELAS, ESTHER: «Efectos de la prescripción extintiva», en *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.127.

Pero para que se inicie el cómputo del plazo de prescripción civil es necesario, en primer lugar, que haya nacido la pretensión en favor del acreedor, esto es, que exista una pretensión desde el punto de vista jurídico. Más que un requisito, como apunta la mencionada autora, es de presupuesto lógico: si no existe una pretensión que jurídicamente pueda ejercitarse, no puede estar sujeta a prescripción. Pero no basta con que la pretensión haya nacido con la violación del derecho subjetivo del acreedor y que exista, sino que además es necesario que sea jurídicamente ejercitable, y este momento dependerá del distinto tipo de acción que se considere. También es requisito el conocimiento de los hechos que fundamentan la pretensión por parte del acreedor ARROYO AMAYUELAS, ESTHER: «Efectos de la prescripción extintiva», en *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 127.

Sin embargo, mientras que el proceso civil se inicia mediante demanda (art- 399 Ley de Enjuiciamiento Civil), a través de la cual se ejercita la pretensión, en el ámbito penal, la pretensión –que es de otra clase (punitiva), aunque a ella se pueda añadir la civil de resarcimiento–, se ejercita a través de los escritos de calificación o de acusación. La prescripción del delito, sin embargo, no se interrumpe con la presentación de estos escritos, sino antes, “cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta”. Este momento se produce cuando “al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”. No obstante, establece también el Código Penal, tras la reforma de 2010, que “la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia”.

que ostente el Estado y que éste pueda descuidar, como son los derechos de crédito o reales de los que gozan los particulares y que pueden bien realizar fuera del proceso o bien reclamar judicialmente ejercitando la correspondiente acción en un proceso civil. El *ius puniendi* es una facultad reconocida al Estado para garantizar el cumplimiento de sus fines, pero de cuyo ejercicio no puede disponer, pues obligatoriamente deberá ejercitarla cuando concurran las circunstancias para ello. El descuido o negligencia en la persecución de los delitos, por tanto, da lugar a responsabilidad que puede ser incluso de tipo penal.

Por otro lado, tampoco puede decirse, en puridad, que el Estado descuide el ejercicio de su acción si es que no tuvo conocimiento de la comisión del delito, cuando éste permaneció oculto o cuando, habiendo sido descubierto y habiéndose iniciado el proceso penal, no haya podido sin embargo celebrarse el juicio oral y el delito haya prescrito por no encontrarse el delincuente a disposición de la Justicia. De hecho, ésta es la principal crítica que puede hacerse a las teorías que defienden la naturaleza procesal de la prescripción penal, al no poder trasladarse al ámbito penal el criterio de la *actio nata* civil, pues si el delito no era conocido, lo cierto es que el Estado -salvo que se le suponga omnisciente, lo cual no es real ni deseable- no pudo ejercitar la acción penal, y es un principio básico que no puede prescribir una acción para quien no tiene posibilidad de ejercitarla. En cambio, si el delito es conocido, el Estado no tiene la mera facultad de perseguirlo, sino una obligación legal de imponer la pena tras comprobar la realidad y la autoría del hecho.

No hay por qué obviar que la incertidumbre que conlleva la falta de iniciación del proceso penal se evitaría si el delincuente se pusiera voluntariamente a disposición de la justicia, toda vez que, cuanto menos, es necesaria la identificación del presunto responsable para que pueda celebrarse el juicio. Si la relación jurídica del delincuente con el Estado permanece en la incertidumbre cuando el Estado funciona de forma normal, no es por su inacción -pues ante el conocimiento de un hecho delictivo no puede permanecer pasivo-, sino por el ocultamiento del delincuente o del cuerpo del delito. Por eso, en el ámbito penal, aunque la prescripción sea una institución útil, la situación expectante del delincuente oculto durante la cual el tiempo de prescripción

está corriendo no es moralmente legítima⁶⁴¹. En cambio, el ámbito civil, aunque este tipo de responsabilidad pueda nacer también de un hecho ilícito, incluso delictivo, es legítimo que el deudor mantenga la expectativa de la condonación tácita de la deuda por parte del acreedor, porque éste puede disponer de su derecho, lo cual puede hacer también de forma tácita, simplemente dejando transcurrir el tiempo hasta que se produzca la prescripción. En las obligaciones civiles, el deudor que espera que el acreedor no le reclame la deuda se encuentra en una situación moralmente aceptable y, en sentido contrario, resultaría inmoral que la posibilidad de reclamación de una deuda civil no tuviera un fin en el tiempo y que el deudor permaneciera indefinidamente a merced del acreedor. En cambio, la responsabilidad penal deriva de un hecho delictivo, siempre ilícito, y el delincuente que permanece oculto o que no desvela el delito cometido no puede esperar legítimamente que en caso de ser descubierto el Estado lo perdone, ni de forma expresa ni tácita, ya que tal perdón iría contra la ley, al estar el Estado obligado a ejercitar la acción penal cuando corresponda. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando desde antiguo que la que la prescripción del delito no puede fundarse *“en inactividad por negligencia atribuible a los órganos encargados de la persecución, que es la principal razón de ser de tal institución extintiva, ya que de otro modo serviría para favorecer las astucias de quienes logran sustraerse temporalmente a la acción de la justicia”*⁶⁴².

En relación con lo anterior, también el estudio del mecanismo de la prescripción adquisitiva civil sirve para comprender por qué el fundamento de la negligencia, en el sentido en que opera en la prescripción civil, no puede fundamentar la prescripción penal. La prescripción civil también puede considerarse desde el punto de vista de aquel contra el que corre, que permanece ausente, o simplemente mantiene una actitud de pasividad negligente. En este sentido, el art. 1941 del Código Civil señala que la posesión de quien va a adquirir la propiedad, para que sea válida, “ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”. Si intentamos trasladar esta idea al ámbito penal, y consideramos que la prescripción corre contra el Estado –que ya no

641 En este sentido, GILI PASCUAL explica que la prescripción penal “se crea en provecho de la sociedad, y que el inculcado se beneficia a pesar de ello”. Y era por ello por lo que, desde el fundamento de la institución había que concluir que la prescripción debe operar a pesar de la voluntad de los acusados, pues de otro modo se alteraría su esencia”. Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 96.

642 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1959, siendo ponente D. Antonio Quintano Ripollés (RJA 4627).

podrá castigar por el delito cometido— y a favor del delincuente —que ganaría su pretendido derecho a no ser ya molestado— es claro que la situación en que éste se encuentra antes de producirse la prescripción del delito dista mucho de la del poseedor civil que puede usucapir, pues su situación tras la comisión del delito no podrá ser pública y pacífica, sino en todo caso de ocultamiento, porque el Estado no puede conocer la comisión del delito y permanecer indiferente, sin iniciar el proceso penal.

Por lo expuesto, la idea de negligencia no puede fundamentar un pretendido derecho del delincuente a que su delito prescriba, pues tal derecho subjetivo se fundaría en una expectativa inmoral que no debe ser protegida por el Derecho objetivo, como es la del delincuente que se oculta, esperando que el Estado fracase en su búsqueda. Distinto es que la prescripción, una vez alcanzada, pueda alegarse como obstáculo procesal o que, en relación con el derecho constitucionalmente reconocido a un proceso sin dilaciones indebidas, el acusado en un proceso penal no esté obligado a renunciar a la posible prescripción del delito para hacer valer tal derecho, dado que la Constitución no condiciona el derecho fundamental a tal renuncia⁶⁴³. Pero en cualquier caso, resultaría excesivo afirmar que el delincuente tiene derecho a la prescripción. A lo único que tiene derecho el reo es a que se le aplique correctamente la ley. Otra cosa es que en nuestro actual sistema el principio acusatorio y la presunción de inocencia obliguen a

643 En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2125/2002, de 7 de enero (RJ 2003, 783), con cita de las Sentencias 2036/2001, de 6 de noviembre (RJ 2001, 9400) y 1506/2002, de 19 de septiembre (RJ 2002, 8586), lo explica de la siguiente manera: *“es necesario, como regla general, denunciar previamente el retraso o dilación, con el fin de que el Juez o Tribunal pueda reparar —evitar— la vulneración que se denuncia. La supuesta infracción constitucional no puede ser apreciada, normalmente, si de modo previo no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución, mediante la cual poniendo la parte de manifiesto al Órgano Jurisdiccional su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992 [RTC 1992, 73], 301/1995 [RTC 1995, 301], 237/2001 [RTC 2001, 237] y SSTs 768/1999, de 18 de mayo [RJ 1999, 3822] y STS 311/02 de 22 de febrero [RJ 2002, 3187]).*

Esta Sala ha declarado que dado el carácter de derecho individual del que examinamos corresponde a las partes del proceso exigir su cumplimiento. Así se decidió en el Pleno no jurisdiccional de esta sala de 21-5-1999, criterio que debe admitir excepciones, por cuanto no puede obligarse al imputado a rehusar a la prescripción. «En tales casos no es posible poner a su cargo la obligación de interrumpir activamente el plazo de prescripción que corre a su favor, cuando la paralización de la causa alcanza un tiempo considerable y es consecuencia de una inactividad judicial procesalmente no justificada. Dicho con otras palabras: el acusado en un proceso penal no está obligado a renunciar a la posible prescripción del delito para hacer valer su derecho a no ser juzgado sin dilaciones indebidas, dado que la Constitución no condiciona el derecho fundamental a tal renuncia» SSTs 2036/2001, de 6 de noviembre [RJ 2001, 9400] y 1506/2002, de 19 de septiembre [RJ 2002, 8586]).”

admitir que no es exigible la autoinculpación y por lo tanto que no pueda exigirse al reo que actúe en contra de su propio interés.

En general, el Tribunal Supremo ha reconocido que en materia de prescripción penal no puede aplicarse la doctrina civilista, señalando que es suficiente el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que sea necesario que se dé ninguna otra condición como pudiera ser la negligencia en el ejercicio de la acción o su abandono, o la incuria funcional⁶⁴⁴. Sin embargo, lo cierto es que la idea de dejadez del titular del derecho ha tenido gran influencia en la regulación de la institución. La más clara e importante, atendiendo al propio nombre de la institución, es que los delitos prescriben en lugar de caducar, interrumpiéndose los plazos en lugar de suspenderse.

Una vez más, queda de manifiesto cómo los orígenes civilistas de la institución han determinado su configuración actual. La idea de negligencia y su consecuente castigo tiene como presupuesto la posibilidad de actuación del negligente. La prescripción puede ser interrumpida, volviendo a contarse el plazo desde el principio, mediante un acto expreso de voluntad de reclamar por quien tiene derecho a ello. Esta idea, en principio aplicable por igual en el ámbito civil –donde el que puede reclamar es el acreedor– como en el ámbito penal –donde quien puede reclamar es el Estado–, encuentra sin embargo, como se ha dicho, el escollo de que el Estado no ostenta una mera facultad de exigir responsabilidad penal por la comisión de delitos, sino una auténtica obligación de perseguirlos. En la prescripción civil, sin embargo, si quien

644 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 686/1993 de 23 de marzo (RJ 1993, 2498): *“Se ha sostenido que el fundamento de la prescripción del delito se encuentra en el aquietamiento que se produce en la conciencia social por el transcurso del tiempo, en su efecto destructor del sentimiento de alarma, que brota de la conciencia social en la aparición de la infracción penal, sin que pueda aplicarse la doctrina civilista que justifica el instituto prescriptivo del delito y la falta implica tan sólo la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de determinadas acciones y omisiones que aparecen tipificadas en la Ley Penal. La naturaleza civil de la prescripción del delito ya fue negada por esta Sala -SS. 30-12-1963 y 21-2-1966 (RJ 1966, 1565)- y más recientemente en resoluciones 28 junio y 2 diciembre 1988 (RJ 1988, 5378), 10-2-1989 (RJ 1989, 1539) y 6-4-1990 (RJ 1990, 3193), destacando, por otra parte, su naturaleza jurídico-material -SS. 30-11-1963 (RJ 1963, 4790), 11-6-1976 (RJ 1976, 3033), 2-12-1989 (RJ 1989, 9378), 6-4-1990 (RJ 1990, 3193) y 26-12-1991 (RJ 1991, 9639)-. Si bien algún sector doctrinal y alguna resolución de este Tribunal entendió que para apreciar los efectos prescriptivos no bastaba el mero transcurso del tiempo, sino que era preciso su sometimiento a determinados condicionamientos, como el abandono o que se debiese exclusivamente a la negligencia, abandono o incuria funcional, o por causas extrañas al acusado y al curso normal de las diligencias, en otras sentencias -ad exemplum en las de 10-3-1954 (RJ 1954, 549), 14-1-1957 (RJ 1957, 3189) y 13-3-1973 (RJ 1973, 1301)- ya se manifestó ser suficiente que se haya producido el transcurso del tiempo señalado en la Ley para que opere el instituto de la prescripción, sin que sea lícito condicionamiento alguno, ya que, como recogió la reciente Sentencia de este Tribunal de 25-4-1990 (RJ 1990, 3309), no es lícito distinguir donde la Ley no distingue y mucho más en materia penal en que puede redundar en contra del reo”*.

puede reclamar puede interrumpir por su propia voluntad la prescripción, pero no está obligado a hacerlo, también ostenta implícitamente la facultad de dejar pasar el tiempo hasta que la ley despliegue su efecto extintivo de la responsabilidad. Pero como el Estado no ostenta esta facultad, no hay, en puridad, negligencia que el Derecho deba tolerar (toda negligencia en este sentido debería ser a su vez castigada), y en consecuencia sería más correcto que los delitos simplemente caducaran en lugar de prescribir.

Por otro lado, las posibles conexiones que surgen entre los distintos sujetos cuando se trata de determinar la responsabilidad penal son distintas de las que existen en la responsabilidad civil. Las obligaciones civiles pueden surgir y cumplirse perfectamente sin necesidad de un proceso (por ejemplo, cumpliendo voluntariamente con lo pactado en un contrato) mientras que la responsabilidad penal sólo puede declararse mediante el correspondiente proceso. Pero esto no significa que se trate siempre de una relación estrictamente bilateral, entre el Estado y el delincuente. En el caso de los delitos privados, para que se inicie el proceso penal es necesaria la interposición de querella (o la denuncia en los semipúblicos), de modo que en estos casos se puede afirmar que se les reconoce a las víctimas o perjudicados la facultad de poner en marcha o no la maquinaria punitiva, lo cual deberán hacer dentro de un periodo de tiempo desde que el delito se cometió. De este modo, si dejan transcurrir el plazo de prescripción sin querellarse ni denunciar, pudiendo hacerlo, habrán dispuesto indirectamente de la facultad de pedir que el ofensor sea castigado. Y desde este punto de vista, recobra pleno sentido la idea de negligencia o perdón tácito, aunque no sea del Estado sino de la víctima o perjudicado que no le pidió que iniciara el proceso. Lo mismo puede decirse aun tratándose de delitos de carácter público cuando quien pudiendo denunciar no lo haga.

El creciente protagonismo de las víctimas en el proceso penal –unido por otro lado al deseo de zanjar la polémica doctrinal surgida entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional acerca de las resoluciones con capacidad de interrumpir la prescripción– ha dado lugar a que según la última reforma del Código Penal en materia de prescripción, llevada a cabo mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la denuncia o querella pueda suspender el plazo de prescripción del delito (art. 132.2), con lo que la institución tiende a asemejarse a la caducidad. Establece el mencionado artículo (luego

reformado por la Ley Orgánica 1/2015 en el sentido de adecuar su nomenclatura al nuevo panorama, en el que se suprimían las faltas) que

“2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.^a, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo”.

- La diferencia en cuanto a la carga de la prueba en el orden civil y en el penal. La prescripción como salvaguardia de las posibilidades de defensa del demandado o acusado

La prescripción civil encontraría también su fundamento en la necesidad de proteger las posibilidades de defensa del demandado, pues si el demandante pudiese intentar su acción cuando le convenga, sin sujeción a plazo alguno, podría diferirla de modo que aumentaran las dificultades de defensa, porque los medios de prueba pueden deteriorarse o incluso desaparecer sin culpa del demandado, por ejemplo, por la muerte de un testigo. La prescripción, de este modo, viene a restringir el derecho absoluto del demandante y evita hasta cierto punto las consecuencias de su posible actuación de mala fe.

Sin embargo, tal argumento no puede trasladarse sin más al ámbito penal. Es cierto que el transcurso del tiempo, en general, dará lugar a la muerte de testigos o a la distorsión de sus recuerdos, y, en general, al deterioro o destrucción de determinadas fuentes de prueba. Pero debe tenerse en cuenta que ello no perjudicará nunca al reo, pues a diferencia del proceso civil –donde la regla general es que cada actor ha de probar los hechos en que tenga interés–, en el proceso penal rige la presunción de inocencia y por lo tanto lo que hay que probar es la culpabilidad. Lo contrario supondría volver a la admisión de la prueba diabólica. La prescripción penal no puede, por tanto, a nuestro juicio, fundarse en tal argumento, que ha sido defendido no obstante por autores que lo enlazan con una pretendida naturaleza procesal de la institución⁶⁴⁵.

Por otro lado, puede comprobarse cómo en la actual práctica forense, en la mayoría de procesos penales, a la prueba testifical se le da menor importancia que a otras más persistentes y estables en el tiempo, y en general, más difíciles de manipular, como es la prueba documental.

En relación con los crímenes más graves, como los crímenes contra la humanidad, JANKELEVICH afirmaría que “Tratándose de un crimen de escala

⁶⁴⁵ Así, BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», Revista de derecho procesal, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320, quien manteniendo una concepción procesalista de la prescripción penal, defiende que la misma se sustenta, en gran parte, en la dificultad para la práctica de las pruebas derivada del transcurso del tiempo.

mundial, las pruebas no se debilitan con el tiempo sino que, al contrario, se multiplican”⁶⁴⁶.

Y finalmente, atendiendo concretamente al objeto de nuestro trabajo, si pensamos en los delitos de terrorismo más graves, también el tiempo puede jugar a favor de facilitar la prueba de determinados hechos, al poder averiguarse las circunstancias de otros crímenes conexos y fijarse vínculos entre ellos, lo que sin duda facilita la existencia del característico elemento estructural de las organizaciones y grupos terroristas.

- La disminución de los pleitos o de las causas

Finalmente, suele alegarse que la prescripción contribuye a la disminución de los procesos, descargando así a la siempre sobrecargada Administración de Justicia. Sin embargo, es dudoso que la disminución de la litigiosidad sea en sí mismo algo deseable. En materia civil, la disminución de los pleitos sería algo positivo si se debiese a la fluidez del tráfico jurídico sin controversias privadas sustentada en una boyante situación económica general, pero no es deseable si tal disminución se debe a otras causas, como pudiera ser la dificultad de acceso de los ciudadanos a la justicia.

En materia penal, es sin duda deseable que disminuya el número de causas penales, pero siempre que se deba a que existe un menor índice de delincuencia y no a que gran número de los delitos cometidos prescriben, lo cual tendría una incidencia desastrosa en la efectividad de las normas penales desde el punto de vista de la prevención general, menoscabando la efectividad de la función del Derecho penal y desprestigiando asimismo a la Administración de Justicia.

No hay necesidad de insistir en que tal fundamento de la prescripción en el ámbito penal vendría a legitimar una situación sencillamente inaceptable tanto desde una perspectiva general como desde el punto de vista de las víctimas y perjudicados por los delitos, al ser directamente contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁶⁴⁷. La institución de la prescripción, fundada en argumentos de este tipo, más

646 JANKLEVITCH, VLADIMIR: *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*, Traducido del francés por Mario Muchnik, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, pág. 28.

647 Y ello, por más que en la doctrina argentina, como refiere MARIANO R. LA ROSA, se haya

que atender a fines legítimos como es no castigar cuando no existe necesidad de pena, únicamente actuaría como coartada para una impunidad injusta en un sistema judicial ineficaz y abierto a todo tipo de corrupciones. Por ello, si bien este argumento es admisible en el ámbito civil –donde el titular del derecho dejó transcurrir el tiempo sin ejercitarlo–, en el ámbito penal debe ser descartado como fundamento de la prescripción.

3.2.2. Evolución de la legislación codificada española en materia de la prescripción e imprescriptibilidad de los delitos

Las objeciones a la asimilación de la prescripción penal a la civil que se acaban de exponer no eran, sin embargo, tan evidentes en tiempos pasados, como en los inicios de la Codificación.

Es a finales del siglo XVIII y principios del XIX cuando, a través de la influencia de la ley francesa de 1791 y el posterior Código de Instrucción Criminal de 1808, se reguló de forma sistemática la institución⁶⁴⁸. Así, la primera regulación sistemática de la prescripción penal en la Codificación española se encuentra en el Código Penal de 1822, con una redacción claramente procesalista y siguiendo el criterio de la *actio nata* para el inicio del cómputo del plazo. Aceptando esta concepción, que se mantuvo en el Código de 1870 (no así en el de 1848, que omitía toda regulación de la materia), en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 la prescripción se configuró como uno de los artículos de previo pronunciamiento (art. 666) que la defensa podía alegar al inicio de las sesiones del juicio oral, a modo de impedimento procesal.

aludido a razones puramente utilitarias, según las cuales el Estado no se encontraría en condiciones de ocuparse de los asuntos penales no atendidos en la última generación, dado que aquél debe gobernar racionalmente su poder penal. En el sistema de economía penal, el Estado se enfrenta a la necesidad de castigar los comportamientos que vulneran de un modo intolerable la convivencia social, pero cuenta con escasos medios para hacerlo y, por ello, una administración racional de sus recursos le impone la selección de los casos que finalmente serán procesados por el sistema. Todo ello viene a significar un reconocimiento que hace el propio Estado de la imposibilidad de que la justicia abarque la investigación de todos los hechos denunciados, de modo que la prescripción se fundamentaría sólo en razones político-prácticas, al no poder funcionar la justicia manteniendo todos los procesos vivos. Cfr. LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, págs. 98-99, con cita de PASTOR, BACLINI y JAÉN VALLEJO.

648 Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, págs. 12 y ss.

Analizaremos a continuación el tratamiento jurídico de la prescripción de los delitos en la codificación española, pues, como afirma REY GONZÁLEZ, las vacilaciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción sólo se explican analizando el Derecho positivo histórico codificado⁶⁴⁹.

3.2.2.1. Punto de partida: el Código Penal de 1822

La primera regulación sistemática de la prescripción penal en la Codificación española se encuentra en el primer Código Penal español, de 1822⁶⁵⁰ que, basado en las doctrinas utilitaristas de la Ilustración y particularmente en las de BENTHAN y BECCARIA, se refería a la prescripción de los delitos en su Capítulo XI del Título Preliminar, bajo la rúbrica “De la prescripción de los delitos y culpas”, que comprendía los arts. 171 a 178.

La regulación de la posibilidad de prescripción en nuestro primer Código Penal, entremezclada con numerosas reglas procesales, venía a establecer que el plazo de prescripción debía contarse, por lo general, desde el día siguiente al de la comisión del delito. No obstante, en el art. 172 se señalaba que, tratándose de delitos de injurias cometidos a distancia, el plazo comenzaría a partir del día “en que hubieren llegado a noticia del injuriado”, admitiendo así el criterio procesalista de la *actio nata* para el inicio del cómputo del plazo, que se seguía también, respecto de los adulterios y estupros, en el art. 173, al establecer la necesidad de conocimiento por la parte perjudicada, de modo que estos delitos “se prescriben en un año con las propias circunstancias que las expresadas en el artículo precedente”. El carácter procesalista de la institución era coherentemente enfatizado por el art. 178, que negaba la posibilidad de prescripción de la pena, señalando que “no habrá lugar en tiempo alguno a prescripción

649 REY GONZÁLEZ: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 37.

650 Puede consultarse el texto del Código Penal de 1822 en IURIS DIGITAL, Biblioteca Virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: <http://bvrajyl.insde.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=2547> o también en la página web del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>

contra lo sentenciado”, al entender que, si lo que prescribía era la acción para ejercitar la acción penal, ésta ya no podía prescribir una vez que se hubiera ejercitado.

El Código de 1822 regulaba además, en su art. 174, conjuntamente con la prescripción del delito, la prescripción de las acciones civiles que pudieran derivarse. A juicio de PEDREIRA GONZÁLEZ, con ello queda de manifiesto cómo en aquellos momentos el Derecho penal y el procesal penal no habían adquirido la suficiente individualidad y categoría científica, lo que favorecía la tendencia a llevar a cabo un traslado más o menos acrítico de los principios civiles a la materia criminal⁶⁵¹.

No se recogía en el Código de 1822 ningún supuesto de delito imprescriptible, siendo el plazo de prescripción más largo el de doce años, señalado en el art. 175.

3.2.2.2. *Los Proyectos de Códigos anteriores al de 1848 que no entraron en vigor*

Con anterioridad al Código Penal de 1848, que vino a sustituir al de 1822, se elaboraron varios proyectos que no llegaron a entrar en vigor, y que fueron dados a conocer por CASABÓ RUIZ en 1978 a través de la Universidad de Murcia. Se trata del Proyecto de Código criminal de 1830, El Proyecto de Código criminal de 1831 de Sáinz de Andino, El Proyecto de Código criminal de 1834, El Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. y El Proyecto de Código penal de 1939⁶⁵².

En relación con el objeto de nuestro estudio, cabe destacar que en el Proyecto de Código de 1830, que regulaba la prescripción del delito en sus artículos 446 a 448, se establecía la imprescriptibilidad de los delitos castigados con pena de muerte. El Proyecto de 1831, en cambio, no preveía la imprescriptibilidad de ningún delito, y el Proyecto de 1834 volvía a señalar la imprescriptibilidad de los delitos castigados con pena capital, aunque en su art. 541 se establecía que “no se impondrá ésta y sí la inmediata, después de transcurridos quince años desde la perpetración del delito”.

651 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 38.

652 Cfr. LANDROVE DÍAZ, GERARDO: *En torno al Proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal*, Anales de la Universidad de Murcia (Derecho), Vol. XXXIV Núm. 3-4, Curso 1975-1976, edición de 1980. Puede accederse al artículo en: <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/105521/100431>

3.2.2.3. *El Código Penal de 1848 no recoge la prescripción del delito*

El Código Penal de 1848⁶⁵³, a diferencia del anterior de 1822, omitió toda referencia a la prescripción de los delitos, y únicamente se ocupó, en el art. 126, de la prescripción de la pena. Pero para que ésta tuviera lugar, se exigían tales condiciones que PACHECO, célebre comentarista de este Código y a quien se atribuye un papel fundamental en su autoría, –pese a que algún estudio posterior le ha restado relevancia⁶⁵⁴ – afirmar que “con las condiciones que se han adoptado, será un caso novelesco y punto menos que milagroso aquél en que se verifique la prescripción de la pena”⁶⁵⁵.

En opinión del mencionado autor, el hecho de que el Código de 1848 no regulara la prescripción del delito no significaba sin embargo que la Comisión de Códigos hubiera pretendido acabar con esta institución, sino que había entendido que, dado que su efecto quedaba reducido a una pérdida de acciones y que por lo tanto su naturaleza era procesal, debía ubicarse en las leyes procesales, y por ello fue postergada para su inclusión en la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal. En *El Código Penal*,

653 El art. 126 establecía que “Las penas impuestas por sentencia que cause ejecutoria, se prescriben: Las de muerte y condena perpetua a los 20 años. Las demás penas aflictivas a los 15 años. Las penas correccionales a los 10 años. Las penas leves a los 10 años. El término de la prescripción se cuenta desde que se notifique la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva”. El art. 127, por su parte, establecía que “Para que tenga lugar la prescripción se necesita que el sentenciado durante el término de ella no haya cometido delito alguno ni se haya ausentado de la Península o islas adyacentes”.

Puede consultarse el texto del Código Penal de 1848 en IURIS DIGITAL, Biblioteca Virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: http://bvrajyl.insde.es/i18n/consulta/resultados_busqueda.cmd?id=283&materia_numcontrol=&autor_numcontrol=&posicion=2&forma=ficha

654 Como puso de manifiesto ANTÓN ONECA en un estudio de 1965, la figura de PACHECO, no obstante influyente, no parece que fuese tan determinante en la redacción del Código de 1848. ANTÓN ONECA explica que el ensalzamiento de la figura de PACHECO habría partido de determinados textos de SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (1903), donde SILVELA se refiere a PACHECO como “uno de los redactores más influyentes del Código”, siendo, “de todos los componentes de la Comisión, el más científico, el que profesaba, a no dudarlo, un sistema penal que no era otro que el de la justicia absoluta, aunque templado por las exigencias de la práctica. Y, como en él, el principio de la expiación es el predominante, nada de extraño tiene que toda la obra se resienta de ese pensamiento que, sin darse cuenta clara, aceptaban los demás individuos que redactaron el Código”. Por ello, ANTÓN ONECA, aun reconociendo la importancia de la figura de Pacheco, que representa una época de la ciencia penal española, indica que “en la sublimación de Pacheco por el canovista don Luis Silvela, debió influir la inclinación afectiva hacia el maestro reconocido por don Antonio Cánovas del Castillo, quien se inició en la política dentro del partido puritano y derivó de las doctrinas del maestro algunas de sus ideas fundamentales”. Cfr. ANTÓN ONECA, JOSÉ: «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, págs. 473-495.

655 PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *El Código Penal, Concordado y comentado*, 5ª ed., Tomo I, Madrid, 1881, pág. 528 y ss.

Concordado y comentado, –obra que sería reconocida por ROMERO GIRÓN, en *La España del siglo XIX*, como “la exposición de motivos de todos y cada uno de los artículos del Código”–, PACHECO afirmaba lo siguiente: “No creemos nosotros que ni la Comisión de Códigos ni el Gobierno hayan querido proscribir la doctrina de la prescripción de los delitos, por no haberla consignado en la Ley que vamos recorriendo. Juzgamos que la han creído más propia del Código de actuación, como que se reduce a una pérdida de acciones; y que por esa causa no han incluido en el penal”⁶⁵⁶.

No se recogía, en el Código de 1848, ningún supuesto de penas imprescriptibles. Incluso las penas más graves (la pena de muerte y la cadena perpetua) prescribían a los veinte años. La misma regulación de la materia se mantuvo en la versión reformada del Código Penal de 1850⁶⁵⁷.

3.2.2.4. *El Código Penal de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882*

El Código Penal de 1870⁶⁵⁸ pretendió adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869 surgida de la revolución liberal de 1868. Como hiciera el Código de 1822, el de 1870 incluyó en su articulado la regulación de la prescripción del delito, que se había suprimido en el anterior de 1848, sin esperar a que se aprobara una Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no vería la luz hasta 1882. Y así, en el Título Sexto del Código de 1870, bajo la rúbrica “De la extinción de la responsabilidad penal”, se regulaba la institución en los arts. 132 a 135.

No se recogía en el Código de 1870 ningún supuesto de delito imprescriptible, pues incluso tratándose de delitos a los que la ley señalaba pena de muerte o cadena

656 PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *El Código Penal, Concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1848, pág. 543.

657 Puede consultarse el texto del Código Penal de 1850 en IURIS DIGITAL, Biblioteca Virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: http://bvrajyl.insde.es/i18n/consulta/resultados_busqueda.cmd?id=271&materia_numcontrol=&autor_numcontrol=&posicion=1&forma=ficha

658 Puede consultarse el texto del Código Penal de 1870 en la página web del Área de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela: http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm

Un amplio estudio sobre dicho Código es el ofrecido por ANTÓN ONECA, JOSÉ en «El Código penal de 1870», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 229-252.

perpetua, el art. 133 les señalaba un plazo de prescripción, en este caso de veinte años. El Código de 1870 mantuvo además la prescripción de las penas.

En el párrafo 7º del art. 133, establecía que “el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo. Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción, desde que aquel termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del culpable procesado”. Esta previsión insistía, por tanto, en el carácter procesal de la institución, en la teoría de la *actio nata* patrocinada por el Código de 1822, determinando así un condicionamiento de persecución que orientó a la jurisprudencia a entender que se hablaba de la acción para su persecución⁶⁵⁹. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, miembro de la Comisión que redactó el Código de 1870 y comentarista del mismo, explicaba que “la responsabilidad, por la prescripción, puede extinguirse antes o después de la condena. Cuando se extingue antes, tiene lugar la prescripción del delito de que ahora tratamos. Cuando se extingue después, tiene lugar la prescripción de la pena. (...) La prescripción del delito no es, por tanto, otra cosa que la prescripción de la acción penal: la extinción, mediante el transcurso de cierto tiempo, del derecho que la sociedad tiene de comprobar los delitos y convencer a sus autores de su responsabilidad. Por eso cuando esta prescripción se realiza, cuando la responsabilidad criminal se extingue por no poder nacer un procedimiento legal que dé ocasión a condena, la presunción no puede menos de ser la de inocencia”⁶⁶⁰. Resulta así que, según el art. 133 del Código Penal de 1870, el delincuente sólo podía aprovecharse de la prescripción si la existencia del delito se conocía, pero o bien se desconocía su autor o bien conociéndose, no había sido localizado. No prescribía el delito, que podía en todo caso investigarse, sino la acción para perseguir al delincuente cuando hubiera transcurrido cierto tiempo “desde que se empezó a proceder judicialmente para su averiguación y castigo”. El delito, por tanto, se podía perseguir en todo momento, por mucho tiempo que hubiese transcurrido desde su

659 Así se señala en Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1872, 12 de octubre de 1917 y 7 de febrero de 1923, citadas en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 686/1993 de 23 de marzo (RJ 1993, 2498).

660 GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo II, 2ª edición, Madrid, 1903, pág. 686.

comisión, y hasta que no empezaba a perseguirse, no comenzaba a correr el plazo de prescripción del que podía aprovecharse el delincuente que no fuera encontrado durante ese tiempo. A juicio del padre agustino MONTES –que también reconocía cómo la prescripción en el Código de 1870 se configuraba como una forma de extinción de la acción penal, y de cuyos estudios JIMÉNEZ DE ASÚA dijera que “eran la más profunda investigación histórico-penal editada en España, no sólo en sus últimos tiempos, sino desde muchos años ha”–, el art. 133 recogía una “disposición injustificada que nace de ver en la prescripción penal sólo un modo de extinguirse la acción, y produce la consecuencia absurda de hacer imprescriptible un delito que permanezca oculto”⁶⁶¹.

La prescripción del delito aparecía en definitiva fundada en la negligencia en la persecución, pero no en la persecución del delito (pues si éste está oculto la ley no impedía que fuesen averiguadas en cualquier momento sus circunstancias) sino en la persecución del propio delincuente, lo que le otorgaba un contraderecho que por ello podría alegar (a instancia de parte) para impedir la celebración del juicio oral. Tal concepción de la institución, claramente iusprivatista, tuvo su reflejo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que, sin definir la prescripción del delito, reconoció en su art. 666 –aún vigente y sin que se haya modificado el precepto–, la posibilidad de alegarla a instancia de parte como uno los artículos de previo pronunciamiento. En caso de estimarse la prescripción, en virtud de lo dispuesto en el art. 675 LECrim, ello supondrá la imposibilidad de abrir el juicio oral, pues deberá dictarse auto de sobreseimiento que habrá de fundarse en el motivo 3º del art. 637, que señala que “Procederá el sobreseimiento libre: (...) Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”⁶⁶².

Cabe criticar asimismo, desde nuestra perspectiva actual, que esta concepción iusprivatista que mantiene el juego de estos dos preceptos se centra en la figura del delincuente, limitando el proceso penal a un mero instrumento para la imposición de un castigo al culpable. Sin embargo, el moderno proceso penal se encuentra abierto a otras finalidades, más allá de la mera imposición de penas, entre las que debe destacarse

661 MONTES LUENGOS, JERÓNIMO: *Derecho Penal Español, Parte General*, Vol. II, Madrid, 1917, págs. 346 y ss.

662 Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3ª edición, 2013, pág. 406.

especialmente la protección a las víctimas. La concepción de la prescripción como óbice de punibilidad permitiría celebrar el juicio aun cuando el delito pudiese considerarse prescrito y no se fuese a imponer pena al delincuente, sirviendo de este modo como reconocimiento la dignidad de las víctimas, permitiéndoles asimismo ser acceder a las indemnizaciones que les pudieran corresponder de forma más rápida y con mayores garantías, al haberse declarado judicialmente en vía penal la comisión de los hechos.

Lo anterior resulta especialmente interesante tratándose de delitos de terrorismo, sin perjuicio de las indemnizaciones o ayudas que otorgue el Estado a las víctimas, subrogándose luego en las acciones que los perceptores de las indemnizaciones y prestaciones puedan ejercer contra los responsables de los actos de terrorismo, conforme al art. 21 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁶⁶³ y el art. 18 Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la citada Ley⁶⁶⁴.

No cabe tampoco descartar el valor simbólico del juicio y de su escenificación, reafirmando el orden jurídico vulnerado por el hecho delictivo y estableciendo, en el caso de las víctimas del terrorismo, una verdad judicial, un relato de los hechos por parte de un órgano judicial que contribuya de forma determinante a la fijación del relato de lo sucedido.

3.2.2.5. El Código Penal de 1928 insiste en el carácter procesal de la prescripción

El Código Penal de 1928 entró en vigor el 1 de enero de 1929, ya al final de la dictadura de Primo de Rivera, que había dejado en suspenso la Constitución de 1876. Apartándose de la línea clásica y liberal, incorporó el principio de defensa social, insistiendo en el carácter procesal de la prescripción, hasta el punto de sustituir la expresión de “prescripción del delito” por “la prescripción de la acción para perseguir y

663 «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2011, páginas 100566 a 100592. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-15039

664 Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. «BOE» núm. 224, de 18 de septiembre de 2013, páginas 72190 a 72213. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9680

continuar la persecución a los delitos”, poniendo así el acento en ser la acción el valor prescriptible⁶⁶⁵.

Pese al enfoque procesalista, el Código de 1928 regulaba la institución en su Título IV, Capítulo Primero, Sección Primera, bajo la rúbrica “De la extinción de la responsabilidad criminal”, si bien en su art. 197, se refería a la “acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos”. Por su parte, el art. 198 disponía que “el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr desde el momento en que el delito se haya consumado o frustrado o se hayan practicado los últimos actos de tentativa, de la conspiración, de la proposición o de la provocación”. De este modo, la prescripción comenzaba a correr desde el día mismo en que el delito se hubiera cometido, independientemente de que se hubiera descubierto o no, lo cual suponía un adelantamiento del momento inicial de la prescripción en relación con la regulación anterior.

En el art. 199 del Código se establecía que “la prescripción de la acción penal se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o el castigo del delito. El plazo seguirá corriendo, cuando desde la actuación a que se refiere el párrafo anterior transcurrieren tres años sin practicarse nuevas actuaciones”. Tal previsión, que rompía con el sistema del anterior Código, supuso un cambio difícilmente comprensible. REY GONZÁLEZ señala que, aunque parece que se anticipa el comienzo de la prescripción del delito, en realidad no se hace, pues al interrumpirse la prescripción desde el momento en que comienza el procedimiento, en la práctica sólo podrían prescribir los delitos no conocidos, pues los conocidos –salvo los de carácter privado– traerían siempre como consecuencia el comienzo del procedimiento para

665 Así se explica en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 686/1993 de 23 de marzo (RJ 1993, 2498).

DEL TORO afirmaba que, al ser la acción el valor prescriptible, era aconsejable, para obtener una rigurosa solución técnica, que el plazo de prescripción se computase desde que el delito fuera conocido, puesto que es un principio general del Derecho que no puede prescribir pretensión alguna sino desde el instante en que fue posible su ejercicio. Cfr. CÓRDOBA RODA, JUAN – DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO y otros: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, Tomo II, págs. 673-674.

Siendo así las cosas, también JARAMILLO GARCÍA defendía también la naturaleza procesal de la prescripción (JARAMILLO GARCÍA, ANTONIO: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. I, Libro I, Salamanca, 1928, págs. 413 y ss.). Y en el mismo sentido se pronunciaba CUELLO CALÓN (en: CUELLO CALÓN, EUGENIO: *El nuevo Código Penal español*, Barcelona, 1929, págs. 260 y ss.).

averiguar y castigar el hecho, por lo que, en este Código, es más difícil de alcanzar la prescripción, en contra de los que pudiera parecer en principio⁶⁶⁶.

Finalmente, el art. 200 del Código Penal de 1928 establecía que “lo dispuesto en los dos artículos anteriores no tendrá lugar cuando el comienzo o la prosecución de las actuaciones judiciales dirigidas a la averiguación o castigo del delito dependa de la resolución de alguna cuestión previa o prejudicial, o de competencia, quedando entonces la prescripción en suspenso hasta que se decida sobre el particular”.

3.2.2.6. El Código Penal de 1932: el giro hacia un nuevo entendimiento de la prescripción

Al día siguiente de la proclamación la II República, el 15 de abril de 1931, el Gobierno provisional derogó el Código de Penal de 1928 entonces vigente, así como la restante legislación penal del régimen anterior. Recobraba de este modo su vigencia el Código de 1870, a partir del cual se elaboró el de 1932⁶⁶⁷, que entraría en vigor el 1 de diciembre.

Este Código Penal de 1932 se ocupaba de la prescripción en su Título V, que llevaba por rúbrica “De la extinción de la responsabilidad y de sus efectos” y comprendía los arts. 115 a 117. Se retomaba, como momento inicial del cómputo de la prescripción, el momento de la comisión del delito, abandonando así el criterio anteriormente seguido, que atendía al momento del descubrimiento⁶⁶⁸.

Pero más relevante que lo anterior es que, por primera vez, se abandonaba el término “acción penal”, para emplear, en el art. 115, el de la “prescripción de los delitos”. PEDREIRA GONZÁLEZ destaca el cambio de rumbo que supuso la nueva regulación del Código de 1932, pues hasta ese momento nuestra legislación se venía

666 REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 21.

667 Ley de 27 de octubre 1932, Gaceta de 5 de noviembre de 1932, (pág. 818); rect. Gaceta de 24 de noviembre de 1932, (pág. 1361). <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/310/A00818-00856.pdf>

668 Como se explica en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 686/1993 de 23 de marzo (RJ 1993, 2498): “a partir del texto de 1932 que suprimió en su art. 117, por motivos humanitarios, la exigencia del art. 133 del Código de 1870, comenzaba el término prescriptivo desde el día de comisión de la infracción”.

caracterizando por una enorme confusión y contradicción en este punto, propiciada por las constantes alusiones a la “acción criminal” y a la fijación del *dies a quo* en el momento del descubrimiento del delito, lo que determinaba que la doctrina se inclinara por la tesis procesal⁶⁶⁹. Y por su parte, REY GONZÁLEZ estima que el legislador se dio cuenta de que la prescripción del delito no es de naturaleza procesal, entre otras cosas porque lo normal es que se aprecie dentro de un proceso penal y precisamente la existencia de ese proceso presupone el ejercicio previo de la acción correspondiente para iniciarlo⁶⁷⁰.

Este Código marcó por tanto un antes y un después en la doctrina española, que hasta entonces se había sentido compelida a sustentar la tesis procesal en consonancia con la regulación que se encontraba vigente⁶⁷¹. Como el propio Tribunal Supremo ha reconocido, tal regulación supuso un “*cambio legislativo que optando por el criterio objetivo de la consumación en lugar del subjetivo de conocimiento del delito (actio nata), hizo de la prescripción un instituto de derecho público-penal, distinto del que rige en derecho privado*”⁶⁷².

Finalizada la Guerra Civil en 1939, el Código Penal de 1932 sufrió diversas modificaciones, hasta que finalmente se publicó el Código de 23 de diciembre de 1944, que vino a reproducir, en sus arts. 113 y 114, el sistema de 1932, regulando la prescripción del delito en su Libro I, Título V, Capítulo I, que lleva por rúbrica “De las causas que extinguen la responsabilidad”. Esta redacción permaneció ya invariada en el Código de 1973, manteniéndose hasta la entrada en vigor del Código de 1995.

3.2.2.7. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963

El cambio de sentido iniciado por el Código Penal de 1932 se vería reafirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790). Y

669 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 87.

670 REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, pág. 38.

671 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 31.

672 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 2365/1993 de 26 de octubre (RJ 1993, 7863).

es que, pese a los cambios introducidos en la materia por el Código sustantivo, la subsistencia de la redacción original del art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal continuaba siendo un obstáculo para el reconocimiento sin ambages por parte de la doctrina de la naturaleza material de la prescripción del delito. La mencionada Sentencia reafirmó esta orientación hacia el entendimiento de la naturaleza sustantiva de la figura, hoy imperante, al afirmar que “...la prescripción del delito o con más exactitud la responsabilidad penal nacida de aquél es de orden público y de política penal (...) de lo que se desprende que la institución examinada tiene poco de común con la prescripción extintiva civil, y en cambio su afinidad es tan grande con la caducidad que casi se identifican, lo que trae como secuela necesaria el aceptarla al ser pedida, o proclamarla de oficio con sus efectos extintivos, en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible (...) ante la necesidad de evitar condenar por un delito a una persona a quien se le extinguió o caducó su responsabilidad penal por voluntad categórica y terminante de la Ley, expresada en el art. 112 del Código Penal que señala hasta siete causas distintas productoras del mismo efecto extintivo, igualmente merecedoras de cumplimiento por imperativo legal”⁶⁷³.

Con esta Sentencia, como explica GONZÁLEZ TAPIA, el Tribunal Supremo reconoce que el fundamento de la prescripción penal debía hallarse en el aquietamiento de la conciencia social derivado del paso del tiempo, así como en razones de seguridad jurídica, que aconseja que las relaciones no queden permanentemente en la incertidumbre. La prescripción civil y la penal, en consecuencia, debían separarse netamente, y a ésta última, reconocerle una naturaleza material y, por tanto, aplicarle las normas y los principios básicos que disciplinan este ordenamiento. En especial, la prescripción habría de considerarse como una excepción de orden público, que puede ser alegada o declarada de oficio en cualquier fase del procedimiento; y debía someterse a los principios de retroactividad favorable y de irretroactividad de las leyes penales posteriores más desfavorables⁶⁷⁴.

673 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790).

674 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 41. Como explica esta autora, a partir de esta Sentencia, comenzaron los cambios en la jurisprudencia, si bien se debieron, más que a consideraciones relativas al cambio de regulación o al reconocimiento de un verdadero fundamento material a la prescripción penal (que también), a un intento de paliar las nefastas consecuencias prácticas que el entendimiento tradicional había impuesto.

No obstante, como expone REY GONZÁLEZ, pese a que el prestigio de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 mereció que sus argumentos se reprodujeran nuevamente en la de fecha 1 de febrero de 1968, con distinto ponente, y extendiendo sus argumentos a los delitos privados, todavía la jurisprudencia daría algunos pasos atrás, como hizo el fallo de 8 de octubre de 1968, negando que se pudiera plantear la prescripción como cuestión nueva ante el Tribunal Supremo. Se sucederían luego en el tiempo distintos vaivenes jurisprudenciales que laboriosamente recopila el citado autor⁶⁷⁵.

A modo de resumen, puede traerse un extracto de una Sentencia bastante posterior del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1986 (RJ 1986, 3208), que explica el recorrido de la evolución de la institución: *“Durante algún tiempo, y dado que la figura de la prescripción irrumpe en la gnoseología jurídico legal en época en que el desarrollo del Derecho Penal era incipiente, sin haber alcanzado propia individualidad y categoría científica, la prescripción del delito se enfocó con parámetros jurídico-civiles, representando la consecuencia más palmaria de ello el acarreamiento de la noción de aquella y del sistema y modo de operar del instituto, al campo procesal, rechazándose su reconocimiento y eficacia en los supuestos de falta de alegación temporánea, o de inatendimiento de exigencias procesales oportunas. Respondiendo a ello algunas sentencias tales como las de 27 de enero de 1959 (RJ 1959, 313), y 26 de abril de 1961 (RJ 1961, 1710), proclives a la consideración de que, sujeta la prescripción a unos trámites formales, incluidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de ser alegada en su momento y, no siéndolo, no resulta posible que el juzgador se pronuncie sobre tal causa de extinción de la responsabilidad. Hoy se reacciona frente a dicha concepción, desasimilando la prescripción penal del delito -cuestión de derecho material- de la prescripción de la acción civil, lo que conlleva implicaciones procesales de suma relevancia; muy certeramente se suele destacar que la prescripción en materia civil adquiere su efectividad por vía de excepción, apostando, en la filosofía de su instauración, por la idea de sanción al negligente, presunción de incuria o abandono, radicando en ello el viejo apotegma contra non valentem agere, non currit praescriptio; en tanto que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales*

675 Cfr. REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, págs. 32 y ss.

son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación. La prescripción penal responde, pues, a principios de orden público primario; es -cual constata la Sentencia de 1 de febrero de 1968 (RJ 1968, 721)- de orden público, interés general y político penal, respondiendo -añade la sentencia de 31 de mayo de 1976 (RJ 1976, 2492)- a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se precise por la sentencia de 11 de junio de 1976 (RJ 1976, 3033) que se trata de una institución que pertenece al derecho material penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria.

De ahí que constituya doctrina consagrada la de que la prescripción deba ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre que se asienta -paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente-, aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, en aras de evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída; pudiendo ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan. Parecer que alienta, entre otras, en sentencias de 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790), 24 de febrero de 1964 (RJ 1964, 871), 1 de febrero de 1968 (RJ 1968, 721), y 31 de mayo de 1976 (RJ 1976, 2492)”⁶⁷⁶.

676 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia de 27 de junio 1986 (RJ 1986, 3208). Doctrina reiterada en Sentencia núm. 907/1995 de 22 de septiembre (RJ 1995, 6755).

3.2.2.8. *El Código Penal de 1995*

En la redacción inicial del Código Penal de 1995 se mantuvo en lo fundamental el sistema de prescripción vigente en el de 1973, que arrastraba a su vez la regulación de 1932. La prescripción del delito se configura como una causa de extinción de la responsabilidad criminal en el art. 130, señalando el 131 los distintos plazos de prescripción de los delitos agrupados según la duración de la pena que llevan aparejada. Los plazos de prescripción empezarían a correr, según el art. 132, desde el día en que se hubiera cometido la infracción punible, si bien en los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarían, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. La prescripción se interrumpiría, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirigiese “contra el culpable”, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralizase el procedimiento o se terminase sin condena.

También puede prescribir la pena, señalándose los plazos en el art. 133, y estableciendo el 134 que los mismos se computarán desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse. Por último, en el art. 135, se establecen los plazos de prescripción de las medidas de seguridad y su cómputo.

Según la regulación originaria del Código de 1995, podían prescribir todos los delitos excepto el de genocidio, que no prescribiría en ningún caso. Tal previsión se encontraba en sintonía con lo dispuesto en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, de 9 de diciembre de 1968⁶⁷⁷ que, sin embargo, no ha sido ratificado por España⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de noviembre de 1968.

⁶⁷⁸ En cambio, España sí firmó y ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, y que fue aprobado por las Cortes Generales mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. Tres años más tarde, el 25 de noviembre de 2003, se aprobó la Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal, para adaptar sus disposiciones a las exigencias contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Con esta reforma, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, se dio un paso más en esta dirección, añadiendo a la lista de delitos imprescriptibles en nuestro Derecho los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra personas y bienes en caso de conflicto armado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 29 del mencionado Estatuto de Roma.

Cabe ya adelantar que la imprescriptibilidad que hoy en día se predica de determinados delitos, tanto en el ámbito internacional como en las legislaciones internas como la española, no se fundamenta en la negación de los argumentos clásicos en favor de la prescripción como la falta de necesidad de pena o la seguridad jurídica⁶⁷⁹, aunque en ocasiones se aluda a ellos negando que sean de aplicación a determinados delitos por razón de su gravedad -como sucede con los delitos de terrorismo con resultado de muerte⁶⁸⁰-, sino más concretamente en la idea de la lucha contra la impunidad nacida en el ámbito del Derecho penal internacional y que es fruto del consenso alcanzado tras la Segunda Guerra Mundial, de donde proviene la configuración de los delitos de lesa humanidad.

Sin embargo, fue la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio la que introdujo las mayores novedades en materia de prescripción e imprescriptibilidad de los delitos.

3.2.2.9. *La prescripción y la imprescriptibilidad tras la reforma del Código Penal de 2010*

En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, “*con el objetivo de aumentar la seguridad*

679 JANCHELEVITCH comienza su alegato *Lo imprescriptible* de la siguiente manera: “Digámoslo de entrada claramente: todos los criterios jurídicos habitualmente aplicables en la prescripción de los crímenes de derecho común, aquí se desmoronan”. Cfr. JANCHELEVITCH, VLADIMIR: *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*, Traducido del francés por Mario Muchnik, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, pág. 23.

Acertadamente observa SILVA SÁNCHEZ que la idea de la lucha contra la impunidad se ha convertido en el fin más “moderno” del Derecho Penal, hasta el punto de que cuando aparece, dejan de mencionarse los tradicionales fines de la pena de prevención general y prevención especial. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

680 No obstante, si la prescripción encontraba su fundamento en el olvido del hecho transcurrido un largo tiempo -lo que en definitiva hacía ya innecesaria la pena, que no cumpliría sus fines de prevención general-, la imprescriptibilidad se ha justificado en ocasiones aludiendo a la necesidad de recordar lo sucedido o directamente a la imposibilidad de olvidarlo LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 131). Y si la prescripción se justificaba también a menudo por la necesidad de seguridad jurídica, lo cierto es que genera mayor inseguridad un sistema en el que algunos delitos (los más) prescriben y otros (los menos) no lo hacen que un sistema que (al margen de los problemas constitucionales a los que ello podría conducir) en el que se consagrara la imprescriptibilidad de todos los delitos sin excepción alguna (en este sentido, cfr. GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?», en *Revista Crítica Penal y Poder*. 2013, nº 4, marzo (págs. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona).

jurídica”, se opta por “una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos”.

La cuestión más polémica había sido hasta entonces precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, lo que dio lugar a una agria polémica entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que tuvo su punto álgido cuando éste último, en su Sentencia 63/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 63) declaró que no bastaba con la interposición de la denuncia o querella sino que era necesario un acto de intermediación judicial como la admisión a trámite de las mismas por parte del órgano competente. Frente al criterio del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo decidió mantener el suyo propio, oponiéndose claramente a la interior interpretación⁶⁸¹, pero el Tribunal Constitucional, mediante su Sentencia nº 29/2008 de 20 de febrero (RTC 2008, 29), recaída en el conocido como caso “Urbanor” o de “los Albertos”, anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 marzo 2003, apoyándose en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE⁶⁸². En esta Sentencia, el Tribunal

681 Así, en Acuerdo del pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006 sobre interrupción de la prescripción, considerando el Alto Tribunal que *“el artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts.117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art.123.1 CE”*, acordó *“mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”*.

Y siguiendo esta línea doctrinal, el Supremo continuó aplicando su propio criterio en sentencias como la de 31 octubre 2007 (Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 845/2007 de 31 de octubre (RJ 2007, 6975), en la que recuerda que el art. 123 de la Constitución Española establece que el Tribunal Supremo *“es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”*, recordando asimismo que en STS 643/2005 de 19 de mayo, ya insistió en que *“condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querella sería aleatorio e inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado”*.

682 En esta conocida sentencia, el Tribunal Constitucional anuló la condena de cárcel que el Tribunal Supremo, negando la prescripción, impuso a los empresarios conocidos como “los Albertos” por delito de estafa y falsedad en documento mercantil. El Tribunal Constitucional entendió que la interpretación que había realizado el Supremo del art. 114 CP 1973 sobre el término de la prescripción era lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que había sido aplicado en perjuicio del reo y sin ajustarse al principio de seguridad jurídica, pues el Supremo había fijado el momento de la recepción por el órgano judicial de la “notitia criminis” como momento interruptivo de la prescripción, faltando así la más mínima publicidad y cognoscibilidad. Por ello, el Tribunal Constitucional consideró inadecuada esta interpretación del Supremo del momento en que debía entenderse producida la interrupción de la prescripción, pues ésta es precisamente una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE). Formuló su voto particular el Magistrado D. RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS, que entendía que, de generalizarse tal decisión, el sistema judicial se resentiría al dejar impunes las sanciones penales.

Constitucional afirmó que *“la notitia criminis no tiende a entenderse como la iniciación de un procedimiento –es decir, como la existencia ya de un procedimiento en su etapa inicial–, sino simplemente como un acontecimiento que puede generar un procedimiento”*, por lo que apoyándose en algunas Sentencias anteriores del Tribunal Supremo, señalaba que *“la doctrina constitucional ha entendido que la simple interposición de una denuncia o querella es una solicitud de iniciación del procedimiento (SSTS 11/1995, de 4 de julio, FJ 4; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8) –no un procedimiento ya iniciado– y que el derecho fundamental a la tutela judicial que asiste a los ofendidos por un delito como querellantes o denunciante es un «ius procedatur» que no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal”*.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso una profunda reforma de la materia, viniendo a establecer que la interrupción se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o éste termine sin condena. Para que el procedimiento se entienda dirigido contra una persona determinada, es necesario que al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (art. 132.2, regla 1ª). No obstante, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta (según la redacción de 2010), suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia (art. 132.2, regla 2ª).

El plazo mínimo de prescripción, que venía siendo de tres años, se amplió a cinco, según la Exposición de Motivos, para evitar la impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación podían sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, lo que redundaba en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas.

Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completaron con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.4, hoy art. 131.3, párrafo segundo, tras Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), y para excluir de la imprescriptibilidad, por considerarse una conducta de menor gravedad, los crímenes de guerra en su modalidad prevista en el art. 614 del Código, que castiga con pena de seis meses a dos años de prisión al que, “con ocasión de un conflicto armado, realice y ordene realizar cualesquiera otras infracciones distintas de las previstas en los artículos anteriores o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”.

3.2.2.10. La prescripción y la imprescriptibilidad tras la reforma del Código Penal de 2015

En 2015, mediante las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, ambas de 30 de marzo, se ha llevado a cabo una reforma del Código Penal tan profunda en muchos aspectos que bien puede decirse que se trata de un Código nuevo, a pesar de que la Ley mantenga su nomenclatura y numeración.

En materia de prescripción del delito, no obstante, se ha mantenido la regulación básica implantada con la reforma de 2010. Como principal novedad introducida en la materia en esta reforma de 2015, cabe señalar que se ha introducido un segundo apartado en el art. 134, relativo a la prescripción de la pena, según el cual “El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena. b) Durante el cumplimiento de otras penas”, introduciendo así en el texto de la ley la interpretación habitual según la cual el período de tiempo de suspensión de la pena no se computa como plazo de prescripción de la misma.

Una de las principales reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 ha consistido en supresión del Libro III, relativo a las faltas, desapareciendo esta categoría delictiva, y habiéndose reconvertido algunas de las conductas que las constituían en la

nueva categoría de delitos leves. Ello ha determinado que el art. 131.1 del Código, en sede de prescripción, se refiera ahora también a los delitos leves, que prescriben no obstante al año, a diferencia de las antiguas faltas, que prescribían a los seis meses.

Aunque no tiene mayor trascendencia, conviene advertir del cambio de numeración respecto de la previsión que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, que del art. 131.4, tras Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, ha pasado a encontrarse recogida en art. 131.3, párrafo segundo.

3.3. Distinción entre naturaleza y fundamento de la prescripción (o imprescriptibilidad)

Vistos los orígenes y la evolución histórica de la prescripción, procede ahora distinguir entre su naturaleza y su fundamento. Se trata de dos cuestiones que en muchas ocasiones se han tratado conjuntamente, pero que creemos necesario distinguir. Sobre todo, porque en la literatura jurídica, al hablar de la naturaleza de la institución, no se alude a lo que es la prescripción -y mucho menos a su relación, en la dogmática, con el concepto de imprescriptibilidad-, sino simplemente a su adscripción a la rama del Derecho sustantiva o procesal para, a partir de ahí, derivar una serie de consecuencias de orden lógico que, sin embargo, pueden contradecir importantes principios del Derecho penal reconocidos en otros preceptos del ordenamiento, incluso de rango jerárquico superior, como es la propia Constitución.

En nuestra opinión, el fundamento (término que la Real Academia Española define en su cuarta acepción como raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material)⁶⁸³ de la prescripción o imprescriptibilidad de un delito debe buscarse en la finalidad perseguida por la norma que fija los efectos del transcurso del tiempo en relación con el delito de que se trate.

Tratándose de la prescripción del delito, tal fundamento debería explicar por qué a la comisión del delito no le sigue la consecuencia inherente de la imposición de la pena, pues, según la Teoría general del delito, éste es el hecho típico, antijurídico,

683 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.^a edición, publicada en octubre de 2014.

culpable y *punible*⁶⁸⁴, siendo la punibilidad lo que distingue el delito de otro tipo de ilícitos también sancionables en Derecho, como los civiles. Una adecuada exposición del fundamento de la prescripción debería explicar qué cambio se ha producido y sobre todo en cuál de los elementos que se tienen en cuenta en dicha Teoría, para que la acción no deba ya castigarse. Y partiendo de ello, teniendo en cuenta que el propio término “imprescriptibilidad” es negativo, presuponiendo la posibilidad, aunque se niegue, de prescripción, el fundamento de este concepto debería explicar qué ocurre de excepcional, respecto de determinados delitos, para que el transcurso del tiempo no opere impidiendo su persecución y castigo

Sin embargo, si atendemos a los distintos argumentos que tradicionalmente han justificado la existencia de la prescripción, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, comprobamos que los mismos han sido tan variados como cambiantes, incluso cuando la regulación legal ha permanecido invariada. Puede decirse, por tanto, que la apreciación de uno u otro fundamento obedece a la subjetividad de cada intérprete, que, aun partiendo del mismo texto, al tener en cuenta cada uno distintos factores, llegará a distintas conclusiones, siguiendo el método inductivo⁶⁸⁵. Respecto de la imprescriptibilidad, como se verá, ha sido habitual emplear los mismos argumentos que justifican la prescripción *sensu contrario*, aludiendo por lo general a la extrema gravedad de los crímenes que las distintas normas -fundamentalmente internacionales-, señalan como no susceptibles de prescripción.

Para nuestra tarea de distinción entre fundamento y naturaleza, podemos partir de la idea consistente en que el fundamento es anterior a la regulación positiva, pues responde a la finalidad que perseguía el legislador al promulgar la norma, plasmada no obstante en la Ley que puede ser luego interpretada de forma distinta a como hubiera pretendido el legislador, nombre éste con el que, en un intento simplificador, se denomina a un ente abstracto compuesto por una pluralidad de personas no siempre

684 Cabe recordar la clásica definición de VON LISZT, según la cual el Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia VON LISZT, FRANZ: *Tratado de derecho penal*, Vol. I, Editorial Reus, Madrid, 1926, pág. 5.

685 Mediante el método inductivo, el intérprete procura hallar los principios fundamentales que sirvieron de base al legislador, sacando de los mismos nuevas aplicaciones. Cfr. NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 64.

determinables, sometidas a múltiples influencias, y de quienes desconocemos sus motivaciones más íntimas. En cambio, una vez que ha vertido su voluntad en la norma, ésta adquiere independencia de la voluntad de su creador⁶⁸⁶.

En cambio, la naturaleza jurídica, –entendida, según la doctrina dominante, como criterio que permita la adscripción de la institución a un área del Derecho (sustantivo o procesal) y en consecuencia poder aplicarle las reglas generales que disciplinan este ordenamiento–, se deriva de la regulación legal de la institución y hace referencia a la interrelación de la norma con el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal interrelación ha sido tradicionalmente y de forma repetitiva limitada a determinar si la prescripción de delito tiene naturaleza sustantiva o procesal, adscribiéndola a una de estas dos ramas y no, como creemos más fructífero, a considerar la *posibilidad de prescripción* (en lugar de la *prescripción*, ya alcanzada) como una cualidad de cada tipo penal que afecta a su punibilidad. Nótese que en español, se emplea el término “imprescriptibilidad”, pero no el de “prescriptibilidad”.

Sobre la tradicional forma de asignar a la prescripción una naturaleza sustantiva o procesal trataremos seguidamente. Por ahora, interesa distinguir entre fundamento y naturaleza atendiendo a dos momentos: antes y después de la promulgación de la norma.

Antes de promulgarse la norma, el fundamento será el que tenga en cuenta el legislador, de modo que en función de la decisión subyacente de política criminal, establecerá una regulación u otra, y puede tener para ello presente los infinitos elementos que componen la realidad. En cambio, la “naturaleza jurídica” no existe hasta

686 Como explica NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO (Cfr. NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 64) siguiendo a ENGISCH (y su *Introducción al pensamiento jurídico*) los objetivistas –y tratándose de interpretar normas penales debemos ceñirnos al Derecho objetivo–, dicen que con el acto de la legislación la Ley se libera de su creador y se transforma en un ser objetivo. El creador ha desempeñado ya su papel y retrocede detrás de su obra. La obra es el texto legal, “la voluntad vuelta palabra” de la Ley, del “posible y real contenido conceptual de las palabras de la Ley”. Este contenido conceptual y la voluntad inmanente a la Ley es lo único decisivo, pues es lo único que, con arreglo a la Constitución, aparece y queda legalizado, en tanto que las ideas y expectativas que rodean al creador de la Ley no reciben de ninguna manera obligatoriedad, sino que, por el contrario, al igual que los demás, el que intervino en el acto de legislación ahora está también sometido a la Ley y tiene que ajustarse a las palabras y aceptar el valor y efectividad de la voluntad expresada en la Ley, aun contra sí mismo.

Así viene señalado también por el art. 3 CC, al establecer que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

que la norma no se ha promulgado. Tal “naturaleza jurídica” de la institución, a la que se acuden los estudiosos y aplicadores del Derecho como recurso interpretativo ante la insuficiencia de la norma y/o la necesidad de aplicarla al caso concreto, sólo puede inferirse a la vista de la norma ya promulgada, y tal determinación no puede hacerse sino con las herramientas propias de la dogmática jurídica, para la que las normas, como objeto de estudio, vienen ya dadas, son elementos indiscutibles⁶⁸⁷. Otra cosa es que el legislador, al aprobar una norma, se vea influido por la regulación preexistente de una institución y por la doctrina que haya pretendido asignarle ya una “naturaleza jurídica” a la vista de tal regulación.

Una vez promulgada la norma, fundamento y naturaleza son cuestiones indisolublemente unidas, pues el fundamento, ya incorporado a la norma, sirve también para llenar las lagunas interpretativas atendiendo al fin perseguido por la norma. En este sentido, explica GARCÍA MAYNEZ que “si (por ejemplo) la interpretación revela que tal o cual hecho de la experiencia jurídica escapó a las previsiones del legislador, la necesidad de colmar la laguna exige el empleo de una serie de principios axiológicos en conexión con las peculiaridades del caso imprevisto, y esta tarea, no interpretativa sino integradora, rebasa los linderos de una consideración puramente dogmática de los textos legales y obliga al examen de los fines y valores que, al legislar sobre la materia, el órgano legislativo quiso realizar”⁶⁸⁸. El problema que se plantea al acudir al fundamento como criterio interpretativo -y que no surge al acudir a la “naturaleza jurídica”- es que resulta difícil conocer o imaginar el fundamento que tuvo en cuenta esa colectividad de sujetos indeterminados denominada “legislador”, máxime si no lo plasmó en la Exposición de Motivos de la norma.

De ahí que la cuestión relativa a la naturaleza de la prescripción no pueda limitarse a que, considerándola una institución ineludible⁶⁸⁹, se adscriba al Derecho

687 GARCÍA MAYNEZ, en su *Filosofía del Derecho*, explica cómo el trabajo de quienes se dedican a exponer sistemáticamente el contenido de una rama concreta del Derecho, por la propia índole de su objeto, es dogmático, lo que viene a significar que estos conjuntos de normas, “unitariamente concebidos en función de su materia, constituyen un dato que el tratadista acepta sin discusión, concediéndole el sentido y el valor que los creadores del precepto le atribuyen”. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 9.

688 Cfr. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 11.

689 Sin embargo, como se expondrá, no existe razón para considerar que se trata de una institución ineludible y que obligatoriamente deba predicarse de todos los delitos. La mera existencia de delitos

sustantivo o al procesal, sin tener en cuenta los valores que subyacen en la misma. Como se estudiará de forma más extensa, la “naturaleza” es la esencia, y tratándose de normas jurídicas, tal esencia no es sino la finalidad perseguida por la norma, fundada en consideraciones valorativas, de justicia material, que sin dejar de ser racional, ha de tener en cuenta los valores y no meramente razonamientos casi de orden matemáticos encaminados a determinar si conforme a las reglas puramente lógicas que disciplinan lo que se ha venido a distinguir como Derecho sustantivo o procesal puede o no aplicarse retroactivamente la norma o si es necesaria la alegación a instancia de parte o por el contrario se puede apreciar de oficio.

Pese a esta interrelación entre fundamento y naturaleza, a efectos expositivos es necesario su estudio por separado, teniendo en cuenta además, como se ha dicho, que el fundamento es tenido en cuenta con carácter previo a la promulgación de la norma, aunque luego sirva también para su interpretación, mientras que la naturaleza jurídica necesariamente se tiene que deducir a la vista de las normas ya promulgadas.

imprescriptibles pone de manifiesto que no es deseable que la totalidad de los delitos previstos en el Código Penal puedan prescribir.

4. EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

4.1. Introducción. Principales líneas de pensamiento

En la actualidad, existe en el ámbito jurídico un acuerdo generalizado acerca de la conveniencia de que los Códigos recojan la figura de la prescripción de los delitos, que es considerada, por lo general, una institución valiosa. Ello sin embargo no ha sido óbice para que últimamente la legislación española haya reducido su ámbito de aplicación: la Ley Orgánica 5/2010, además de modificar profundamente la forma de interrumpirse la prescripción, amplió los plazos de más cortos que se preveían en el Código Penal, introduciendo también la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte. De este modo, se amplió el número de delitos imprescriptibles en nuestro Derecho, que ya no se ciñe a recoger sólo los supuestos de imprescriptibilidad señalados en los tratados internacionales en los que España es parte.

No obstante, pese a la existencia de ese acuerdo sobre la conveniencia de que exista, como regla general, la posibilidad de prescripción de los delitos, no existe el mismo acuerdo sobre cuál sea su fundamento. Dado que los textos legales no suelen señalar los fundamentos en que se basa la regulación, la doctrina y la jurisprudencia, al interpretar las normas sobre prescripción, han acudido a distintos argumentos, sin que se haya llegado a acuerdos concluyentes.

Lo normal –como observa GONZÁLEZ TAPIA–, es seguir justificando la prescripción en base a las ideas tradicionales, incluidos los clásicos argumentos procesales, superponiéndolos con otros derivados de la seguridad jurídica y la necesidad preventiva de pena, para acabar concluyendo que la prescripción del delito expresa una renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, sustentada en una pluralidad de consideraciones político criminales que lo determinan a excluir la imposición y/o ejecución de una pena, cuando, por el paso del tiempo, ello pudiera acarrear más inconvenientes que ventajas⁶⁹⁰. Nótese que al hablar de inconvenientes y ventajas, se hace ya referencia a una serie de valores, que exceden de la aplicación aséptica de las reglas lógicas que disciplinan el ordenamiento sustantivo o procesal, concebido como

690 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 44.

proposiciones interconectadas, y que es a lo que se refiere la doctrina al hablar de naturaleza sustantiva o procesal de la prescripción.

No obstante la pluralidad de argumentos que se han defendido, si atendemos tanto a la literatura jurídica como a la jurisprudencia, el principal ha sido la imposibilidad de cumplimiento ya de los fines de la pena, por razón del tiempo transcurrido desde que el delito se cometió. El Tribunal Supremo, reconociendo la naturaleza sustantiva de la institución, ha llegado así a afirmar que *“la fundamentación de la prescripción será diversa en función de cuál sea la teoría de la pena por la que se opte”* pero *“conforme a este planteamiento, el fundamento de la prescripción deberá encontrarse en la falta de necesidad reeducativa- resocializadora de la pena por el hecho cometido a causa del transcurso del tiempo, si se considera que la pena tiene una función estrictamente preventivo-especial; en la falta de necesidad preventivo-general, pues el transcurso del tiempo impediría que la imposición y ejecución de la pena pudiera llegar a producir efecto disuasorio alguno (prevención general negativa); o en la falta de necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva), a causa del propio transcurso del tiempo”*⁶⁹¹. Cabe mencionar que también la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que introdujo en el Código Penal la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, se refiere en su Exposición de Motivos a la falta de necesidad de pena como fundamento de la prescripción.

Sin embargo, como se ha apuntado, el argumento de la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción penal ha tenido gran relevancia en los últimos tiempos, sobre todo desde que la Constitución de 1978 elevara este valor a la categoría de garantía constitucionalmente reconocida, en su art. 9.3.

Pero en cualquier caso, hasta ahora, como ha puesto de manifiesto RAGUÉS I VALLÉS, únicamente contamos con la mera acumulación de unas razones que pueden concurrir en unos supuestos pero no en otros, de modo que no es posible justificar de forma global la existencia de la prescripción, ni tampoco sus efectos, ya que en casos concretos es perfectamente imaginable que se dé una antinomia entre los diversos fundamentos citados, sin que con su acumulación consiga ponerse en claro cuál de ellos

691 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Caso en el que el Tribunal Supremo ordena juzgar al ex presidente de la Diputación Provincial de Castellón por delitos fiscales, Sentencia de 21 de noviembre de 2011, nº 1.294/2011 (RJ 2012, 1650).

debe prevalecer. Por eso, puede decirse, con el mencionado autor, que “en la medida en que las teorías que defienden el fundamento múltiple no aportan criterios para decidir cuál de los datos anteriores debe ser el decisivo, resulta imposible determinar con exactitud cuál es la solución que propugnan, lo que permite cuestionar seriamente su utilidad y, por tanto, su corrección misma”⁶⁹².

De hecho, los mismos argumentos en favor de la prescripción pueden emplearse, *sensu contrario*, en favor de la imprescriptibilidad: la subsistencia de la necesidad de pena dependerá en cada caso concreto tanto del tipo delictivo en que se haya incurrido como de las circunstancias concretas en que se haya cometido el delito; y si atendemos a la necesidad de que el ordenamiento garantice la seguridad jurídica, puede decirse que la seguridad de que el delito no va a prescribir mientras su autor viva aporta mayor seguridad jurídica que la posibilidad de que pueda prescribir en un momento determinado, lo cual genera incertidumbre.

Por eso, no le falta razón a PEDREIRA GONZÁLEZ cuando afirma que todos parecemos estar de acuerdo con la existencia de la institución de la prescripción, pero no terminamos de saber por qué, lo que se explica por la debilidad de los argumentos ofrecidos hasta el momento para justificar la prescripción, casi siempre teñidos de demagogia y fácilmente atacables⁶⁹³.

El error, a nuestro juicio, consiste en buscar el fundamento de la prescripción del delito como institución, en lugar de buscar el fundamento por el que cada delito concreto de los tipificados en el Código pueda prescribir o, por el contrario, deba ser imprescriptible.

Existe una tendencia de la doctrina a buscar el fundamento de la prescripción sin despegarse de la regulación positiva existente, alegando que en el Derecho Penal rige el principio de legalidad (aunque paradójicamente se suela afirmar a renglón seguido que ello no implica su aceptación acrítica)⁶⁹⁴ o que si se quiere llegar a soluciones

692 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 40-41.

693 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 123.

694 La necesidad de no despegarse de la regulación legal es señalada por GILI PASCUAL, que afirma que “no debe la elaboración dogmática discurrir ajena al Derecho positivo. En ese proceder, junto con la tendencia a camuflar a través de ella soluciones ideológicas, encuentra la Dogmática uno de sus

doctrinales de aplicación práctica es necesario partir de la regulación positiva⁶⁹⁵. No le falta razón a estos argumentos, pero también es cierto que antes de promulgarse la norma en la que se busca el fundamento de la institución, tal fundamento estuvo en la mente del creador de la norma. Por ello, aunque la interpretación a efectos aplicativos ha de partir del texto de la ley, para proponer *de lege ferenda* y con conocimiento de causa, no haya por qué estar apegado ni al texto de la norma (que puede incluso no ser todo lo técnicamente correcto que resultaría deseable) ni a la previa interpretación que se haya hecho de las mismas. Lo mismo ocurre cuando se trata de normas novedosas, como la que prevé la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.3 párrafo segundo del Código Penal, según la numeración dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

Veamos ahora los fundamentos tradicionalmente tenidos en cuenta por la doctrina.

4.2. La prescripción del delito fundada en la falta de necesidad de pena

4.2.1. Consideraciones previas: la función social de la pena.

Hoy en día, nadie puede negar fundadamente que la pena sea necesaria para el mantenimiento del orden jurídico, para la supervivencia del Estado y en definitiva, para que pueda existir la propia sociedad⁶⁹⁶. BENTHAM afirmaba que “con relación al

mayores peligros. Las conclusiones teóricas deben, por el contrario, no sólo ser contrastadas (y verificadas o invalidadas) con la realidad legislada, sino tener en ésta su punto de partida”. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 27.

⁶⁹⁵ En este sentido, GONZÁLEZ TAPIA, a lo largo de su obra sobre la prescripción en el Derecho penal, alude a la necesidad de no despegarnos de la regulación positiva, afirmando que cualquier justificación que se otorgue a la prescripción del delito debe tener en cuenta la regulación positiva, pues sólo mediante la deducción de consecuencias coherentes con tal regulación, resultará útil la orientación interpretativa, a los efectos de poder resolver los distintos problemas que plantea esta institución. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 65. Pero como observa, al constatar que tal regulación es contradictoria –pues conforme a ella la prescripción se configura más como un obstáculo a la persecución del hecho que como una verdadera causa de extinción de la responsabilidad criminal–, se produce “una situación de perplejidad, de mezcolanza de argumentos y la ausencia de una posición clara en cuanto al fundamento de este instituto”, lo que lleva a que la doctrina más autorizada termine por configurar la prescripción como una renuncia del Estado a ejercer el *ius puniendi*, motivada por una variopinta pluralidad de consideraciones político-criminales. Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 36, con cita de MORILLAS CUEVA, REY GONZÁLEZ, PASTOR ALCOY, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, MIR PUIG, etc.

⁶⁹⁶ Las posturas abolicionistas son meramente testimoniales. Únicamente posturas extremas, como individualismo anarquista amoral e individualista de MAX STIRNER abogan por la total abolición del

origen del derecho a castigar, nada de particular hay que decir, porque es el mismo que el de los demás derechos de gobierno. No se podría concebir un solo derecho, ni del gobierno ni de los individuos que pudiese existir sin el derecho a castigar; porque éste es la sanción de todos los demás”⁶⁹⁷. Claro que la expresión “derecho a castigar” resulta hoy anacrónica, pues la potestad del Estado para castigar los delitos no se concibe ya en tales términos: aunque siga siendo habitual que la doctrina y la jurisprudencia empleen el latinajo *ius puniendi* para referirse a la coactividad estatal que garantiza el cumplimiento de la ley mediante el castigo de los delincuentes, tal *ius puniendi* no se entiende ya como un *derecho* del Estado, sino como una *potestad* (en el sentido de que es legítima) que, en virtud del principio de necesidad que rige en el proceso penal, debe ejercitarse *obligatoriamente* cuando quede acreditada la comisión de un hecho delictivo y tras las actuaciones procesales oportunas se compruebe que no concurre causa legal de exclusión de la pena⁶⁹⁸. No obstante, la afirmación de BENTHAM sigue hoy en día plenamente vigente pues, como asevera JESCHECK, “sin la pena, el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas”⁶⁹⁹.

Derecho penal y otras de escritores libertarios y anarquistas como GODWIN, BAKUNIN, KROPOTKIN, MOLINARI y MALATESTA proponen sustituir las penas por otras técnicas de control no jurídicas, sino inmediatamente morales y sociales, tales como el «ojo público», la «fuerza invisible» de la «educación moral», el solidarismo terapéutico, la difusión social de la vigilancia y del control o la «presión de la opinión pública». También se encuentran a veces pensamientos análogos en la literatura marxista, cuando autores como LENIN o GRAMSCI se refieren a la supresión del Estado en un futuro post-revolucionario. Cfr. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 250.

697 BENTHAM, JEREMY: *Teoría de las penas y de las recompensas*, Tomo I, Barcelona, 1838, pág. 11.

698 Para ZAFFARONI, no cabe duda de que “el derecho penal es la forma de control social más grave institucionalizada por el Estado, pero de allí no puede seguirse que el Estado «goce» de un derecho subjetivo a incriminar conductas de los habitantes de la Nación y penarlas.

El estado no tiene «derecho» a incriminar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques”. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 33.

699 JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares Editorial, 5ª edición, Granada, 2002, pág. 69. La justificación de la pena, para JESCHECK, reside sólo en que es necesaria para la conservación del Orden jurídico. Esta justificación ha de distinguirse de su naturaleza. Atendiendo a ésta última, “la pena es un juicio de valor público de carácter ético-social que se realiza al autor por la comisión de una infracción jurídica”.

A nuestro juicio, más que con la pena, tal juicio de desvalor debería referirse, como se defenderá al contenido de la sentencia (tanto al fallo como a los hechos probados). Esto permitiría obtener, incluso

BENVENISTE, en su *Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas*, explica que la palabra *pena* deriva del griego *poiné*, que significa *venganza, odio*, es la retribución destinada a compensar un asesinato, la expiación de la sangre. Este término está emparentado con los latinos *poena, punire*⁷⁰⁰. De ahí que las primeras concepciones de la pena estén orientadas a la retribución, y que su origen, como refiere JESCHECK, resida en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad, en virtud de las cuales la venganza del ofendido y su clan frente al delincuente y al suyo se combinaba con actos simbólicos dirigidos a la reconciliación con los Dioses enojados por la comisión del hecho⁷⁰¹.

La pena es, por tanto, tan antigua como la sociedad. La necesidad de contar con un sistema penal tiene unas raíces insertas en la propia naturaleza humana, como magistralmente explicara JIMÉNEZ DE ASÚA en su *Tratado de Derecho Penal*: mediante la pena, se canalizan los sentimientos con los que instintivamente reacciona el ser humano frente al delito, hasta el punto de que “para las sociedades de hoy, que han formulado Códigos, la penalidad aparece como una *función necesaria de defensa social*, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente. Este fenómeno encuentra, a la vez, su origen y explicación en los sentimientos instintivos que provoca todo delito y en la necesidad de dar a esos sentimientos satisfacción suficiente para restablecer la tranquilidad pública. Estos sentimientos, que sin canalizar producirían la reacción brutal de las muchedumbres y el sistema sumario del linchamiento, son en primer término, el *temor* de que el delito se repita, sea por el mismo delincuente o por los que se inclinan a imitarle; el deseo de *venganza*, provocado por la indignación causada por el delito, y la *reprobación* y el horror que inspira el criminal, cuya conducta está en contradicción con la de sus semejantes, a los que llega a ser extraño”⁷⁰². En similar sentido, JESCHECK afirma que

en los casos en que el delito hubiera prescrito, una declaración judicial que recogiese el relato de lo sucedido, aunque finalmente la pena no se ejecute.

700 BENVENISTE, EMILE: *Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas*, Taurus, Madrid, 1983, págs. 47 y 268.

701 Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares Editorial, 5ª edición, Granada, 2002, pág. 69.

702 JIMÉNEZ DE ASÚA pone también en relación la raíz profunda del castigo con el Psicoanálisis de Freud. El castigo se debería en primer término, al deseo colectivo de expiación. FREUD, al hacer el estudio del tabú, puso de manifiesto esta relación que después desarrollarían sus discípulos. FREUD señala el parentesco entre la expiación y el sadismo, así como la identidad del criminal y de sus

“sería imposible una convivencia pacífica de las personas si el Estado se limitara a la defensa frente a la comisión de delitos y exigiera tanto al ofendido como a la comunidad tolerar el delito cometido y vivir con su autor como si no hubiera sucedido injusto alguno. La justicia del linchamiento y el retorno a la pena privada serían, sin duda, consecuencias inmediatas”⁷⁰³.

Fácilmente puede comprenderse que tratándose de delitos como los de terrorismo, esta necesidad de pena se acentúa, hasta el punto de que la prescripción, basada en fundamentos tales como la falta de necesidad de pena, es rechazada de forma general por el común de la sociedad.

perseguidores: “Cuando un individuo ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, todos los demás miembros de la colectividad deben experimentar la tentación de hacer otro tanto; para reprimir esta tendencia es necesario castigar la audacia de aquel cuya satisfacción se envidia, y sucede además, con frecuencia, que el castigo mismo proporciona a los que lo imponen la ocasión de cometer a su vez, bajo el encubrimiento de la expiación, el mismo acto impuro. Es éste uno de los principios fundamentales del orden penal humano y se deriva, naturalmente, de la identidad de los deseos reprimidos en el criminal y en aquellos que se hallan encargados de vengar a la sociedad ultrajada”. (FREUD, SIGMUND: *Totem y Tabú*, México, Pax, págs. 92-93). Esta expiación difiere por tanto de la venganza en que, aunque posean el mismo mecanismo cualitativo (la reacción del yo contra un acto hostil), recaen sobre distinto objeto. La venganza opera contra el criminal que es el enemigo exterior; la expiación se dirige al enemigo interno que todos llevamos dentro; es decir, a los propios impulsos que el super-yo reprime y que la pena ayuda a contener. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, *Filosofía y Ley penal*, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 14-15.

Similares ideas sobre el origen de la pena se encontraban ya en VON LISZT, que, aunque sin la influencia aún del psicoanálisis freudiano, se refería en su *Programa de la Universidad de Marburgo* a la pena primitiva como una reacción instintiva: “La pena no tiene su origen en la idea de fin, sino que se ha engendrado independientemente de ella y la ha precedido en la historia de la civilización. Si la pena fuese –lo que nosotros ponemos en cuestión– una creación de la inteligencia humana, sería imposible que en la prehistoria de todos los pueblos se hayan constatado configuraciones de penas similares y como las mismas características, como se subraya convincentemente en la ciencia jurídica comparada, pesa a las carencias de los materiales que utiliza y a la inseguridad de sus movimientos. Si fuese una creación de la inteligencia humana, ¿cómo podríamos explicar los fenómenos del mundo animal análogos a la pena primitiva, que sólo se diferencian de ella desde el punto de vista cuantitativo? Sin embargo, la pena primitiva es una reacción instintiva, una reacción no determinada por la representación del fin dirigida contra perturbaciones de las condiciones de vida de los individuos y de grupos de individuos, y por tanto, contra acciones que podemos designar, de una forma tan resumida como imprecisa, delitos. Pues precisamente por eso, la pena es consecuencia necesaria del delito. Tan sólo esta conclusión separa ya fundamental y definitivamente mi opinión de las teorías relativas”. Así, la pena sería el “resultado de la tendencia de autoafirmación individual, de preservación del individuo (y por tanto tal vez en último término de conservación de la especie) que reacciona contra las perturbaciones de sus condiciones de vida que proceden del exterior, con acciones de repulsa contra el origen de esa perturbación”. VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal*, *Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 51-52.

703 JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares Editorial, 5ª edición, Granada, 2002, pág. 70.

Sin embargo, cabe apuntar que, pese al acuerdo existente en cuanto a la necesidad de la existencia de un sistema penal, la justificación de tal sistema de penas puede variar según los distintos modelos políticos. La pena puede considerarse bien un fin en sí misma, como pregonaban las clásicas teorías absolutas de la pena, o bien puede imponerse para la consecución de otras finalidades, como defienden las llamadas teorías relativas⁷⁰⁴, en la actualidad predominantes, aunque la pretendida diferenciación entre argumentos retributivos y preventivos tampoco sea fácil de realizar hoy en día con plena nitidez.

Si atendemos tanto a nuestra jurisprudencia como a la doctrina nacional y extranjera que se ha detenido a pensar sobre los fines de la pena como fundamento de la prescripción del delito (o mejor dicho, sobre la imposibilidad de alcanzar ya esos fines dado el tiempo transcurrido), observamos que la anteriormente aludida clasificación de teorías en absolutas y relativas sigue siendo útil, al menos, a la hora de motivar las sentencias y de promover reformas legales en materia de prescripción. No obstante, se ha abandonado en gran medida, tanto en las leyes como en los razonamientos jurisprudenciales, la idea de retribución pura (que en definitiva impediría como regla general la prescripción de los delitos) en favor de las teorías relativas de la pena. Pero ni siquiera hoy en día es posible prescindir totalmente de la finalidad de retribución, consustancial a toda pena⁷⁰⁵, pues incluso quienes son tachados de retribucionistas

704 Tal clasificación de las principales teorías –a las que cabe añadir las denominadas mixtas– se debe a BAUER y fue luego seguido luego por RÖDER y en Italia por FLORIÁN, aunque ese ordenamiento–como apunta JIMÉNEZ DE ASÚA,– ha quedado angosto, no sólo porque en su origen se refería únicamente a las doctrinas entonces conocidas en Alemania, sino porque enfoca de manera exclusiva el problema del fundamento del derecho a castigar. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 31.

Por su parte, FERRAJOLI insiste en aclarar que “las tesis axiológicas y los discursos filosóficos acerca del fin que justifica (o no justifica) la pena o más en general el derecho penal no son «teorías. en el sentido empírico o asertivo comúnmente asociado a esta expresión. Son doctrinas normativas –o más sencillamente normas, o modelos normativos de valoración o justificación– formuladas o rechazadas por referencia a valores. A la inversa, son teorías descriptivas –y no doctrina–, en la medida en que consisten en aserciones empíricas verificables y falsables, sólo las explicaciones de las funciones de la pena ofrecidas por la historiografía y la sociología de las instituciones penales, así como las de sus motivaciones jurídicas formuladas por la ciencia del derecho positivo. Doctrinas normativas del fin y teorías explicativas de la función o de la motivación son por consiguiente asimétricas entre sí, ya sea en el plano semántico, por el distinto significado de «fin», «función» y «motivación»; en el plano pragmático, por las finalidades puramente directivas de las primeras y descriptivas (de hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras; o en el plano sintáctico, porque las unas no son derivables de las otras”. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 323.

705 Como señalan MARÍA JOSÉ y FERNANDO FALCÓN Y TELLA, la retribución forma parte de

puros asumen el objetivo de la prevención⁷⁰⁶. Puede decirse que, definitiva, se ha llegado a una síntesis entre las teorías absolutas y relativas de la pena⁷⁰⁷, aunque ciertamente la legislación española obligue a atender las exigencias preventivas especiales, primordialmente en la fase de ejecución de la sanción⁷⁰⁸.

Tratándose de delitos de terrorismo, que vienen a suponer un ataque al conjunto de la sociedad, la imposición de la pena por parte del Estado y su efectivo cumplimiento resultan especialmente útiles para apaciguar los ánimos tanto de la sociedad en su conjunto como de los colectivos especialmente afectados por las acciones terroristas, sean o no víctimas directas. Esta función pacificadora del Derecho penal calma las ansias de venganza, evitando el tomarse la justicia por su mano y entrar

la naturaleza misma de la pena. Así, la justicia retributiva tiene por misión regularizar las relaciones recíprocas entre dos partes. Para ello, debe haber una equivalencia entre la acción y la reacción. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 136.

706 Como recuerda BAJO FERNÁNDEZ, “tal y como hoy se concibe el Derecho Penal moderno la idea de justicia ha de estar condicionada por la necesidad”. Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 34.

707 Por eso, JIMÉNEZ DE ASÚA concluye que “La represión con fines expiatorios es una anacronía; pero el sueño de un mundo sin sanciones es una utopía. Entre la tesis y la antítesis, cabe una síntesis: medidas adecuadas a la temibilidad del agente, con fines de corrección y garantías de paz pública. He ahí, a igual distancia de lo anacrónico y utópico, la posibilidad sintética actual”. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 29.

Otros autores aluden a la posibilidad de que, a través de la expiación (teoría absoluta) se pueda llegar a una utilidad, que desplazaría la pena hacia el terreno de las teorías relativas. OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ lo explican así: “Por medio del sufrimiento que la pena supone para el delincuente, éste desarrolla una actividad moral que le permite moderar y aplacar su culpabilidad. Si bien en su faceta de «purificación de culpa» la expiación puede adoptar la estructura de las teorías absolutas, un énfasis excesivo en el «arrepentimiento» del reo provoca la incorporación de un elemento de utilidad (la recuperación del equilibrio moral del delincuente) y el consiguiente deslizamiento hacia las teorías relativas”. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 23.

Como señala MIR PUIG, la lucha de escuelas que tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania dejó paso a una dirección ecléctica, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en aquel país y que también en España ha sido el planteamiento más generalizado, de modo que se suele entender que la retribución, la prevención general y la especial son aspectos distintos de un fenómeno complejo como la pena. MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 50.

708 OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 39.

en una espiral de violencia buscada a menudo por los terroristas –sobre todo cuando se trata de terrorismo subversivo con intenciones separatistas– para justificar ante la sociedad sus actuaciones criminales y lograr la adhesión de parte de la población a su causa.

Resulta así que, en nuestro Derecho positivo, coexisten disposiciones que responden a las distintas concepciones posibles de la pena. Si bien la Constitución establece que “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados” (art. 25.2 CE)⁷⁰⁹ y en el mismo sentido se pronuncia el art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁷¹⁰, estableciendo por su parte el art. 59.2 de la misma Ley que “El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades”, no es menos cierto que el art. 100 de la vigente LECrim continúa manteniendo una visión claramente retributiva del proceso penal (de la que por otro lado, no se puede prescindir), al proclamar que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable”.

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto JAKOBS, una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social, sin esa necesidad, sería a su vez un mal inútil. Esta

709 El apartado 2 del artículo 25 presenta un contenido difuso que podía agruparse en los siguientes contenidos: principio general de orientación de las penas; recordatorio de la titularidad los derechos fundamentales de los condenados y proclamación del derecho al trabajo y a la cultura de los internos en prisión. En realidad, este apartado traza las líneas esenciales de la relación de sujeción especial penitenciaria que tempranamente se tradujo en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Algunos autores han visto en este apartado un reconocimiento de derechos de los condenados, pero como el Tribunal Constitucional ha afirmado, se trata más bien de mandatos al legislador de los que no pueden derivarse directamente derechos articulables en amparo sino, en la medida en la que la ley lo disponga, derechos de configuración legal (ATC 15/1984 y SSTC 28/1988 y 81/1997, de 22 de abril).

No existe, pues, un derecho a la reeducación o a la reinserción social, pues tanto una como otra son objetivos, metas a alcanzar con la ejecución de la pena. Tampoco se deriva a favor del reo derecho alguno a la proporcionalidad de las penas, proporcionalidad que corresponde valorar al legislador (STC 136/1999, de 20 de julio). Cfr. CANOSA USERA, RAÚL - GONZÁLEZ ESCUDERO, ÁNGELA: «Sinopsis del art. 25 de la Constitución Española», Página web del Congreso de los Diputados. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>

710 «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>

utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal habitualmente “fines de la pena”⁷¹¹. Para OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, el asunto en el que probablemente concurre un mayor acuerdo doctrinal es la designación de la finalidad última de la pena, que en bastantes casos es llamada *función* o *misión* y que se hace coincidir o derivar de la función misma del Derecho penal (en el mismo sentido, MIR PUIG)⁷¹² y aun del propio Derecho en general. Esta misión consiste en la protección, salvaguarda o tutela de bienes jurídicos, de los valores fundamentales del orden social que hacen posible la convivencia pacífica en sociedad⁷¹³.

Por eso, el centro de discusión de la teoría de la pena se ha desplazado de sus fines a su fundamento, donde se formulan las más variadas versiones doctrinales y se ventila gran parte de los asuntos de trascendencia práctica ligados a la pena. Las tesis sobre el fundamento de la pena giran esencialmente alrededor de dos polos: la necesidad, por un lado, y la culpabilidad por otro. Desde estos puntos de partida, las combinaciones que se pueden llevar a cabo son múltiples, según exponen OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ:

- 1) Hacer de la necesidad el único fundamento o justificación de la pena, sin que la culpabilidad obre papel alguno, ya que las funciones que normalmente se le atribuyen pueden explicarse por otros motivos o desarrollarse por otros conceptos.
- 2) Concebir la culpabilidad (el injusto culpable, el delito) como fundamento exclusivo de la pena.
- 3) Hacer compartir el título de fundamento de la pena a la necesidad y a la culpabilidad, bien sea en plano de igualdad, bien constituyendo la culpabilidad el auténtico fundamento y operando la necesidad como límite o bien al contrario,

711 JAKOBS, GÜNTER: *El principio de culpabilidad*. Título alemán: *Das Schuldprinzip*, publicado por la Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, Westdetcher Verlag, Opladen, 1993. Traducción de Manuel Cancio Melía, en *Estudios de Derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid – Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 365-393 (366).

712 En definitiva, como afirma MIR PUIG, la función del Derecho penal depende de la función que se asigne a la pena (y a la medida de seguridad). MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 77.

713 Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 34.

es decir, fundamentando la pena en la necesidad y limitando ésta mediante la culpabilidad.

Estas últimas teorías, llamadas teorías de la unión son las dominantes en la actualidad, predominando la idea de que la culpabilidad constituye tan sólo el límite de la pena, que se encuentra fundamentada únicamente en la necesidad⁷¹⁴.

Por eso, frente a las posturas procesalistas que venían fundamentando la existencia de la prescripción en la idea de seguridad jurídica y en las dificultades a las que el transcurso del tiempo podía dar lugar en materia de prueba, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene en la actualidad afirmando que el fundamento de la prescripción es la falta de necesidad de pena, al no poder ésta cumplir ya sus finalidades. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011, afirma que *“la prescripción del delito, regulada como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.5 CP) tiene su fundamento, una vez rechazado ampliamente el planteamiento seguido por aquellos autores que la vinculaban a motivos procesales relacionados con la desaparición de las pruebas por el transcurso del tiempo, en aspectos directamente relacionados con la teoría de la pena. Es decir, la fundamentación de la prescripción será diversa en función de cuál sea la teoría de la pena por la que se opte. Conforme a este planteamiento, el fundamento de la prescripción deberá encontrarse en la falta de necesidad reeducativa - resocializadora de la pena por el hecho cometido a causa del transcurso del tiempo, si se considera que la pena tiene una función estrictamente preventivo-especial; en la falta de necesidad preventivo-general, pues el transcurso del tiempo impediría que la imposición y ejecución de la pena pudiera llegar a producir efecto disuasorio alguno (prevención general negativa); o en la falta de necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva), a causa del propio transcurso del tiempo”*⁷¹⁵.

A continuación, procederemos a la exposición de las distintas teorías de la pena, incidiendo en los argumentos que pueden extraerse de las mismas y que pueden sustentar la prescripción de los delitos, no sin antes advertir que, del mismo modo que

714 OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, págs. 36 y 37.

715 Tribunal Supremo, Sentencia de 21 de noviembre de 2011, nº 1.294/2011 (RJ 2012, 1650).

las instituciones jurídicas no nacen desconectadas de la historia⁷¹⁶, las funciones asignadas a la pena, tan antigua como la sociedad, han variado a lo largo del tiempo. Como observa, MIR PUIG, “la retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho Penal”⁷¹⁷.

4.2.1.1. Funciones de la pena según las distintas teorías

4.2.1.1.1. *Las teorías absolutas que consideran la pena como retribución y la prescripción de los delitos*

Según JIMÉNEZ DE ASÚA, las doctrinas que justifican la pena como retribución son las más corrientes en los escritores clásicos. Del mismo modo que en el mundo antiguo la pena era considerada exigencia de justicia, de modo análogo al castigo divino, en la literatura clásica el delito es considerado una violación del orden religioso, moral, estético, jurídico, etc., y la pena es una exigencia de razón y de justicia, para restablecer el orden perturbado⁷¹⁸.

MARÍA JOSÉ y FERNANDO FALCÓN Y TELLA distinguen cuatro variantes de retribución: retribución formal por el delito cometido; reciprocidad porque hay que pagar por los propios crímenes; reprobación porque lo merece, de modo que la pena se erige en protesta contra el mal, en símbolo de la indignación provocada por el crimen; y

716 Como afirmara TOMÁS Y VALIENTE, “no hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *Constitución: Escritos de introducción histórica*, editorial Clavero, Madrid, 1996, pág. 149.

717 MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 58. De este modo “una concepción teocrática del Estado vinculada a una religión que postula el castigo de los pecados resulta coherente con la atribución a la pena de una función retributiva, mientras que un régimen político totalitario tiende a utilizar el Derecho penal como medio de autoprotección y de aseguramiento de un orden público basado en una prevención penal sin límites”.

718 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 39.

la garantía, por dar a la gente honesta la seguridad de que no será la única que respeta la ley⁷¹⁹.

Como señala MIR PUIG⁷²⁰, *retribución* significa *pago* por algo realizado, como el salario que se percibe por un trabajo, siendo ésta su acepción más generalizada. Así, en el contexto de la pena, concebirla como retribución equivale a entenderla como el pago que merece el delincuente por su delito, de modo que, con el cumplimiento de la pena, el delincuente saldaría la deuda que habría contraído con la sociedad. Pero como advierte este autor, retribución no es *venganza*, aunque a veces ambas cosas se confundan⁷²¹. Mientras que la retribución se presenta como una exigencia objetiva de Justicia, la venganza se movería en el plano de las emociones, buscando satisfacer una necesidad emocional de la víctima o allegados mediante la aplicación de un castigo que haga sufrir al delincuente por lo que hizo, idea ésta común a todos los ordenamientos primitivos⁷²².

719 FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 137-138.

720 MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 33.

721 MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 33- 34.

En similar sentido, FALCÓN Y TELLA, al explicar el origen del castigo en la Teología, señala lo indigno y cruel de la venganza, que es cosa muy distinta de la vindicta social o pena. La mitología griega lo simbolizó ya en el dualismo Némesis y Temis, que llevan direcciones diametralmente opuestas: mientras la venganza privada brota de la pasión ciega del ofendido, la retribución nace de la culpa jurídica personal del delincuente. “Personas particulares, no superiores al delincuente, ejercitan la venganza privada, pero la retribución es llevada a cabo por la autoridad pública, con facultad delegada por Dios a través del pueblo. El capricho, la fuerza, la pasión ilimitada dan la medida de la venganza privada, mientras que la igualdad proporcional entre delito y pena limitan la retribución. La venganza privada persigue como fin supremo dañar al ofensor; en cambio, la retribución procura conseguir la reparación y recreación del orden jurídico y la defensa social”. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 84.

Cabe añadir que por el contrario, para NIETZSCHE, retribución y venganza eran lo mismo: “El espíritu de la venganza: amigos míos, sobre esto es sobre lo que mejor han reflexionado los hombres hasta ahora; y donde había sufrimiento, allí debía haber siempre castigo. “Castigo” se llama a sí misma, en efecto, la venganza: con una palabra embustera se finge hipócritamente una buena conciencia”. NIETZSCHE, FRIEDRICH: *Así habló Zaratustra* (1883), pág. 86. Versión disponible en: <http://www.dominiopublico.es/>

722 La idea de venganza estaba ya presente en forma de mandato divino en la tradición hebraica, transmitida, a pesar del precepto evangélico del perdón, a la tradición cristiana y católica desde San Pablo, San Agustín y Santo Tomás, hasta Pío XII. Esta concepción gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: la de “venganza” –*ex parte agentis*–, la de “expiación” –*ex parte patientis*– y la de “reequilibrio” entre pena y delito. Cfr. FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo*

La pena se configura así como una exigencia de la Justicia, de modo que el castigo encuentra su cometido en sí mismo y no necesita más justificación, pues la pena es justa con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse, no tiende a otro objetivo trascendente. Se castiga *quia peccatum est*, porque se ha delinquido. De ahí que la teoría de la retribución sea conocida como *teoría absoluta de la pena*. El delito no es sólo el presupuesto, sino su fundamento absoluto, y la sanción es pura y simplemente la su consecuencia jurídica, apareciendo como necesaria, sin que pueda faltar jamás. El concepto de justicia que domina por tanto en esta concepción es el de retribución del mal por el mal: *malum propter malum, bonum propter bonum*⁷²³.

Puede observarse que, en la literatura clásica sobre la función de la pena, sobre todo cuando se habla de la pena como retribución, es habitual la identificación del delito con el pecado. Ello se explica tanto por las finales retributivas inicialmente asignadas a la pena –que se asociaba a creencias mágicas o religiosas– como, posteriormente, en nuestro ámbito cultural, y como refiere MIR PUIG, por la influencia del cristianismo⁷²⁴. En este sentido, los profesores FALCÓN Y TELLA explican que el empleo de tal terminología tiene su origen, naturalmente, en el Derecho canónico: “La mayor parte de las conductas consideradas merecedoras de represión para el retribucionismo lo eran sobre la base de exigencias morales contenidas en reglas de carácter religioso, dentro de

penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 254; FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 158.

MARÍA JOSÉ y FERNANDO FALCÓN Y TELLA explican también las diferencias entre sanción retributiva y venganza, desde la doble perspectiva “subjetiva” y “objetiva”. Desde el punto de vista “subjetivo”, primaria el sentimiento de *enemistad* entre el ofendido y el ofensor, estado de ánimo que no caracteriza el castigo retributivo, en la medida en que éste es administrado por un *tercero imparcial*. Desde el punto de vista “objetivo”, mientras que uno de los rasgos distintivos de la sanción retributiva es la idea de *autoridad*, dicha noción es ajena al concepto de venganza. De todos modos, admiten los autores la existencia de posibles puntos de confluencia, donde no se distinga bien la sanción retributiva de un acto de venganza, como puede ocurrir a veces en la relación paterno-filial o de tutela. Por otro lado, para que pueda hablarse de venganza, ésta ha de ser ejercida por aquel a quien corresponde, por el destinatario de la ofensa, a diferencia de lo que ocurre en la sanción penal en la que el único autorizado para ejercitarla es un tercero, pues nadie puede ser a la vez juez y parte. Otra diferencia radica en la existencia de un “*ilícito moral*” en la sanción retributiva, que no tiene por qué darse en el caso de la venganza. Finalmente, en la sanción retributiva, la “cuantía” del castigo es *proporcional* mientras que la venganza, al estar movida por deseos oscuros y furibundos, es desmedida. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 160-161.

723 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 26.

724 Lo mismo sucede con otras religiones. Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 35.

las figuras delictivas creadas por el Derecho canónico medieval. Es lógico que en este contexto la pena tuviese un fuerte componente expiatorio de tipo religioso –*punitur quia peccatum est*–. Esta concepción, encaminada a la sanción y represión de conductas pecaminosas, concitó las críticas de autores como GROCIO o PUDENDORF, quienes pusieron de manifiesto la imperiosa necesidad de elaborar un Derecho penal laico y administrado por la autoridad estatal, que salvara de la tipificación penal los simples pensamientos e intenciones y se limitase a fiscalizar las conductas externas que incumpliesen los mandatos del soberano y atentasen contra la sociedad y sus miembros”⁷²⁵.

Por su parte, OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ nos recuerdan que la asignación del fin retributivo a la pena, presente, por ejemplo, en el *De potestae legis poenalis* del teólogo-jurista ALFONSO DE CASTRO (1550) es signo de un Derecho penal aún impregnado de notables referencias religiosas: la pena se muestra como una penitencia, a través de la cual el pecador puede lograr la absolución⁷²⁶.

En tiempos más recientes, como exponente de la idea de la pena como retribución tradicionalmente defendida por la Iglesia, puede citarse el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en 1953, que contenía el siguiente pasaje: “Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer”⁷²⁷. No obstante, cabe mencionar que el Código de Derecho Canónico, en el canon 1341, se refiere indirectamente tanto la finalidad retributiva como las de prevención general y especial, al pedir a los obispos que agoten los medios pastorales antes de imponer una sanción para “reparar el escándalo, restablecer la justicia y conseguir la enmienda del reo”.

725 FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 159. Sobre el mismo tema, FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, págs. 68 y ss.

726 Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 23.

727 Citado por MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 35

En definitiva, como afirma ROXIN, “la idea de la compensación retributiva, al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena, tiene una fuerza triunfalmente sublime, a la que es difícil sustraerse”⁷²⁸. De este modo, la concepción de la pena como retribución, proveniente de la Antigüedad, se mantuvo de durante la Edad Media, perviviendo asimismo en la Edad Moderna, en la que el poder absoluto la empleaba como elemento de sometimiento de sus súbditos, con una finalidad ejemplificante, que puede calificarse de prevención general. BECCARIA repudiaría este modelo de política criminal en su libro *De los delitos y las penas*⁷²⁹, inspirado en las ideas ilustradas y de manera especial en el Contrato Social de ROUSSEAU. En España, siguiendo la misma línea ilustrada, cabe citar a MANUEL DE LARDIZÁBAL y su *Discurso sobre las penas* de 1782.

Pero KANT y HEGEL, máximos exponentes del idealismo alemán, retomaron las teorías retributivas que habían entrado en crisis con la Ilustración⁷³⁰, coincidiendo

728 ROXIN, CLAUDIUS: «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976, págs. 11-36 (12).

729 BECCARIA, CESARE: *Tratado de los delitos y de las penas*. Para este trabajo, Para este trabajo, se ha manejado la edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.

Los profesores FALCÓN Y TELLA explican que las teorías contractualistas (cita la de LOCKE) hablan de un estado de naturaleza previo a la constitución de la sociedad civil, en el que existe una gran inseguridad jurídica, pues cada uno se toma la justicia por su mano, a través de la venganza privada. Es por eso por lo que surge el pacto social, para ceder parte de la libertad natural a cambio de más seguridad jurídica. Pero el *ius puniendi* no puede surgir del previo derecho a la legítima defensa subordinado al instinto de conservación que todos los hombres tendrían en ese estado de naturaleza, pues el derecho a la defensa, cuando el ataque ha cesado, pasa a ser ilegítimo y, en cambio, el derecho a castigar se ejerce siempre después. Por otro lado, el derecho a castigar supone la existencia de una autoridad, pues entre iguales, ningún hombre puede castigar a otro. Por ello, el derecho a castigar no puede fundamentarse de esta manera, puesto que es absurdo hablar de una cesión de un derecho que ni siquiera existía, como es el *ius puniendi*. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 160 y 175.

JIMÉNEZ DE ASÚA destaca no obstante que BECCARIA, al construir el Derecho penal como ciencia autónoma, si bien no pudo sustraerse a la doctrina del contrato social, porque estaba en el ambiente de la época, esta idea representa en él, sin embargo, un papel harto secundario, pues la mayor influencia del milanés sería la de las doctrinas utilitaristas de la pena, de modo que el fin de ésta no sería atormentar ni afligir a un ser sensible, ni tampoco destruir un delito ya perpetrado, sino impedir al reo que cause nuevos daños a su conciudadanos y evitar que los otros lo imiten. Ciertamente, BECCARIA no lo esperaba todo de la pena, sino que confiaba también en otros medios como las buenas leyes, la instrucción, la educación, la recompensa de la virtud, etc. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 47.

730 Como apunta MIR PUIG, “la prevención especial no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo”. MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 18. Continúa

ambos autores en el carácter necesario de la pena, que fundan en la exigencia de justicia como base de la retribución. No obstante, como explica FEIJOO SÁNCHEZ, existen algunas diferencias entre los enfoques de ambos autores: mientras que KANT ofrece una visión más desconectada de la realidad social, al atender sólo al que sufre la pena, HEGEL atiende también a quien la impone y en definitiva al valor de la pena como elemento de comunicación⁷³¹.

En relación con el objeto de nuestro trabajo, cabe señalar que tratándose de delitos de terrorismo, tal elemento comunicativo de la pena, esencialmente retributiva, cobra especial relevancia, pues la pena es la reafirmación de la autoridad y legitimidad del Estado frente al terrorismo que busca subvertirlo o impedir el cumplimiento de sus fines. Asimismo, la declaración de imprescriptibilidad de determinados delitos de terrorismo, -que no puede fundarse en facilitar la imposición de un orden político-jurídico legítimo sobre otro ilegítimo (como en los crímenes internacionales imprescriptibles), al no poder reconocerse a los terroristas como sustentadores de ningún orden-, tiene un fuerte carácter simbólico, al que se aludirá en el apartado correspondiente.

KANT, en su *Metafísica de las costumbres*⁷³², sostiene que el hombre es un fin es sí mismo, por lo que no cabe su instrumentalización, y la pena es un imperativo

este autor refiriendo cómo según el movimiento histórico descrito por HEGEL (tesis, antítesis, síntesis), se llega a la antítesis del Estado liberal, a sistemas políticos totalitarios como el soviético, el fascista y el nacionalsocialista, con el consiguiente endurecimiento del Derecho Penal en todos ellos.

731 Para FEIJOO SÁNCHEZ, existe un error extendido en la literatura especializada, que consiste en analizar globalmente en paralelo la posición de estos dos autores que protagonizan el idealismo germano sin resaltar sus diferencias. Incluso, cabe decir que, aunque ambas construcciones se puedan llegar a calificar como teorías absolutas, las razones para dicha calificación son diversas, pues dentro de las teorías retributivas es preciso diferenciar la fundamentación subjetiva de la retribución (desde la perspectiva del que sufre la pena) de la fundamentación objetiva o intersubjetiva (desde la perspectiva del que la impone). La teoría objetiva de la retribución de HEGEL le concede a los fenómenos delitos y pena una dimensión social y de comunicación intersubjetiva de la que carecen las formulaciones de KANT, puestas de manifiesto por JAKOBS, que ha criticado el pensamiento kantiano, básicamente, por no haber tratado debidamente el tema de la lesividad social del delito ni cómo la pena es una reacción a esa lesividad social. Por la mencionada razón, resulta tan fácil entroncar la teoría de la pena hegeliana con las modernas teorías de la pena más influidas por las Ciencias Sociales, mientras la teoría kantiana es utilizada, recurrentemente, para oponerse a la creciente influencia de dichas teorías de la pena, entre las que se encuentran las teorías funcionales. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, págs. 64 y ss.

732 Cfr. KANT, ENMANUEL: *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Canal Suncho, Madrid, 1994.

categorico de la razón práctica (“obra de tal modo que trates la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”). Acude por tanto a una fundamentación de la pena de carácter ético⁷³³, donde el cumplimiento del castigo es necesario, como exigencia de la justicia para compensar la injusticia, con independencia de que la pena sea o no útil. El delincuente tiene que ser de antemano encontrado digno de castigo antes de que se piense si de dicha pena se deduce utilidad alguna para él o sus conciudadanos. Es también conocido su ejemplo de la isla, en el que afirma que si el Estado y la sociedad se disolvieran, “debería ser previamente ejecutado hasta el último asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo”⁷³⁴. Para entender correctamente la posición radical de KANT se debe tener en cuenta, no obstante, el contexto ideológico: como refiere FEIJOO SÁNCHEZ, su principal pretensión era cortar de raíz los excesos utilitaristas o preventivos de la Ilustración⁷³⁵.

Para HEGEL, la pena es justa en sí misma. En sus *Principios de Filosofía del Derecho*⁷³⁶, afirma que la consideración objetiva de la justicia “es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito”, al que aplica su teoría dialéctica, de modo que el Derecho vendría a ser la tesis, el delito (negación del Derecho) sería la antítesis. Y con la pena (negación de esa negación del Derecho), se superaría esa situación, quedando anulado el delito y restaurado el Derecho vulnerado (síntesis)⁷³⁷. De su teoría se dice

733 Para JIMÉNEZ DE ASÚA, KANT es el máximo exponente de las doctrinas morales. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 41.

734 Cfr. KANT, ENMANUEL: *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Canal Suncho, Madrid, 1994, pág. 166 y ss.

Esta concepción retribucionista ha sido curiosamente criticada –como explican los profesores FALCÓN Y TELLA–, por parte de alguno de sus primeros seguidores intelectuales, como GROLMAN o SCHOPENHAUER, para quien toda retribución de un mal con la inflicción de dolor que no repare en consecuencias futuras es pura venganza. Estas críticas han sido recientemente resucitadas por autores como ROXIN o DEL VECCHIO. Este último estima que el mal que entraña el delito no puede nunca ser superado con otro mal, sino con el bien. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 159-160.

735 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 73.

736 HEGEL, G. W. FRIEDRICH: *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia política*, Traducción y prólogo de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1988, págs. 160 y ss.

737 De este modo, la pena debe tener un solo fin: reaccionar contra el delito, no ya porque ha

que es más jurídica que la fundamentación ética de KANT⁷³⁸, al representar el cambio de la idea retributiva de la compensación de la injusticia, de origen aristotélico, a la idea retributiva de restablecimiento del Derecho, sentando las bases de todas las teorías de la retribución jurídica que se han venido formulando desde entonces⁷³⁹.

Pero pese a las doctrinas filosóficas expuestas, lo cierto es que, como señala MIR PUIG, la concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en sus términos estrictos ni por la ciencia penal ni por las legislaciones, que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes a la sola función de la realización de la Justicia en sí misma. Esto es más notorio incluso en el Estado moderno, cuya función no se ve generalmente en la realización de la Justicia absoluta sobre la tierra, tarea ésta que se considera hoy un cometido moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la Ética o la Religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico. No se admiten ya en nuestro ámbito de cultura las premisas del Estado teocrático, en el que sí era coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal, razón por la cual la preeminencia de las teorías de la prevención, que han ganado terreno a la de la retribución⁷⁴⁰.

producido un mal, sino porque ha violado el derecho en cuanto es derecho; y concluye: la pena es violación de la violación o negación de la negación. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 44.

738 Así MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 78.

739 FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 65.

740 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 39. Igual en MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 80.

En general, a las teorías retributivas se les recrimina ser deudoras de un pensamiento idealista que interpreta el Derecho y el Estado como exigencias *a priori* de la razón, ideas distantes de la contemporánea consideración del Derecho penal como soporte de un medio de control social que pretende asegurar las condiciones mínimas para la coexistencia y el logro de los fines de los ciudadanos. Por eso, se dice que al Estado no le incumbe, como pretende, realizar la Justicia absoluta en la tierra, sino procurar la convivencia ordenada de la sociedad. En este sentido, una pena sin utilidad puede resultar contraproducente para el interés común. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 24.

Por eso, aunque en cada momento histórico ha predominado una concepción de la pena, ninguna de las teorías que la fundamentan ha excluido absolutamente a las demás. Puede decirse que, del mismo modo que en tiempos más antiguos la pena como retribución era la concepción predominante pero no la única existente, más modernamente –como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN–, también el concepto de pena como retribución es admitido incluso por quienes sitúan en primer término sus objetivos utilitarios⁷⁴¹. En este sentido, ya VON LISZT afirmaba que la *pena-defensa (o sea, la pena orientada según fines preventivos) es la pena retributiva entendida correctamente*⁷⁴².

Por eso, las normas que establecen la imprescriptibilidad de determinados delitos -como los de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona-, pueden considerarse meramente retributivas. Sin embargo, tratándose de terrorismo -donde no puede hablarse de prevención general como en los delitos, por ejemplo, contra la seguridad vial-, aunque se diga que la pena es esencialmente retributiva, tal apreciación surge de focalizar la atención únicamente en este aspecto de la pena, que es en cualquier caso inseparable de la finalidad preventiva, en la que encuentra su razón de ser el Derecho penal, que castiga los delitos con la finalidad de que, en la medida de lo posible, no se cometan.

En general, cuando se critica que en relación con los delitos de terrorismo se están empleando criterios meramente retributivos y en consecuencia ilegítimos, lo que se está denunciando indirectamente (consciente o inconscientemente) es una vulneración del principio de igualdad. Sobre la conciliación de la norma que prevé la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte con el principio de igualdad constitucionalmente consagrado, nos detendremos en otro punto de este trabajo. Por el momento, para finalizar este apartado, en relación con la posibilidad o no

741 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

742 VON LISZT, FRANZ: *La teoría dello scopo nel Diritto penale*, Milán, 1962, pág. 4, en cita de COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 616.

Para MAURACH (*Tratado*, I, pág. 80), la ausencia de fines utilitarios en la pena “despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a los de los efectos propios de los fines de prevención, lo cual “concuera con las exigencias de la intimidación”. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 80.

de prescripción de los delitos, se hace necesario señalar que, si se considera que la función de la pena es esencialmente retributiva, la institución de la prescripción tendrá un difícil encaje⁷⁴³. “La retribución y la prescripción –afirma RAGUÉS I VALLÉS– son incompatibles y, para ser coherentes, quienes defiendan esta teoría de la pena deberían reclamar que desaparezca la presente figura: la imprescriptibilidad debería ser la única regla aceptable”⁷⁴⁴. Como apuntara SILVELA a principios del pasado siglo, “las escuelas absolutas, de la retribución y del castigo expiatorio, rechazan con toda lógica y justicia, desde su punto de vista, que el crimen quede por ninguna causa impune; y que, habiendo persona capaz de sufrir la pena, ésta, que representa una necesidad moral ineludible, no se cumpla”⁷⁴⁵.

Del mismo modo que se ha apuntado que la pena en los delitos de terrorismo no puede considerarse meramente retributiva, cabe adelantar que tampoco existen elementos para considerar que toda norma que establezca la imprescriptibilidad de un determinado delito atiende únicamente a la finalidad retributiva. Para que ello fuera así sería necesario, por un lado, que el delincuente en el momento en que se disponga a cumplir el castigo se encontrase plenamente rehabilitado y reinsertado en la sociedad, con lo que habría desaparecido la necesidad de prevención especial, así como que el hecho de dejar el crimen impune no animará a otros a cometerlo, de modo que faltase también la de necesidad de prevención general. No resulta aventurado decir que tratándose de delitos de terrorismo con resultado de muerte, difícilmente se darán tales condiciones.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para hacer compatible la pena retributiva con la posibilidad de prescripción del delito, se hace necesario –como apunta GONZÁLEZ TAPIA–, que se considere que el transcurso del tiempo anula, a su vez la culpabilidad del sujeto (entendiendo tanto que la pena actúa sobre la mala voluntad del

743 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO: «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada. ¿Un modelo de excepción?», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 488, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2001. También en aranzadidigital.es con referencia BIB 2001, 625; GILI PASCUAL: *La prescripción en Derecho Penal*, pág. 76; GONZÁLEZ TAPIA: *La prescripción en el Derecho Penal*, pág. 66.

744 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 39.

745 SILVELA, LUIS: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, págs. 355 y ss.

sujeto como que ésta se debilita por el paso del tiempo)⁷⁴⁶ o que el tiempo destruye la relación psicológica entre el hecho y su autor, alternativa que no obstante, no ha sido planteada por la doctrina ni por la jurisprudencia, por lo que puede decirse, con la citada autora, que el transcurso del tiempo no afecta al merecimiento, sino a la necesidad de pena⁷⁴⁷. De hecho, la necesidad de pena es el único argumento que explícitamente utiliza la Ley Orgánica 5/2010 en su Exposición de Motivos para justificar la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

4.2.1.2. Las teorías relativas de la pena: prevención general y especial y prescripción de los delitos

La superación del criterio de la mera retribución lleva a considerar que la pena tiene también otras finalidades de tipo preventivo. Nacen así las llamadas teorías relativas de la pena, que le atribuyen un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario. Se castiga ahora *ut nec peccetur*, esto es, para que no se delinca, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta los resultados probables y sus efectos. Así, frente a las teorías absolutas –para las que el delito era el fundamento absoluto de la pena–, las teorías relativas consideran que el delito es sólo la condición y presupuesto de la pena, pero no su fundamento.

Entre las teorías relativas de la pena, junto con la denominada teoría reparadora, –según la cual la pena tendría como fin reparar las consecuencias dañosas del delito perpetrado–, destacan las teorías de la prevención, que se dividen a su vez, según

746 Doctrina que ha tenido su reflejo en el desarrollo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A modo de ejemplo, puede consultarse la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 14 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9313): “El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena (confr. en igual sentido las SS. del BGH alemán antes citadas). La base legal para proceder a esta compensación está dada por el art. 9,10.º CP, dado que las circunstancias atenuantes previstas en dicho art. 9 CP responden, básicamente, a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter afflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga”. Sin embargo, para que tal compensación de la culpabilidad opere, es necesario que el proceso se haya incoado y sobre todo, que la dilación no sea imputable al justiciable.

747 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 67.

tiendan a la prevención general (si se atiende al efecto de la pena en el conjunto de la sociedad)⁷⁴⁸ o a la prevención especial (si se atiende al efecto de la pena en el individuo concreto)⁷⁴⁹. Nos referiremos a continuación a cada una de estas dos vertientes.

4.2.1.2.1. Prevención general, terrorismo y prescripción

Se habla de prevención general cuando la pena, indirectamente, opera sobre la colectividad. Si bien tradicionalmente se entendió que tal influencia debía producirse en el momento de la ejecución de la pena –lo que se traducía en la ejecución pública de penas singularmente severas con la finalidad de que sirvieran de ejemplo–, en la actualidad, la prevención general actúa en el momento de la promulgación de la ley penal, en el momento abstracto de la incriminación. La imposición y la ejecución de la pena se limitan a confirmar la seriedad de la advertencia recogida en la Ley⁷⁵⁰.

La prevención general se orienta así al conjunto de la sociedad, buscando un efecto intimidatorio general y desincentivando la comisión de delitos. La prevención general era para el utilitarista BENTHAM, “el objeto principal de las penas”, y también

748 Como principales representantes doctrinales de la idea de prevención general de la pena, con distintas variaciones, pueden destacarse, la teoría psicológica de FEUERBACH (*Anti-Hobbes*), BENTHAM y su panóptico y la teoría de la sanción de DURKHEIM, que la entiende como forma de venganza que reafirma la solidaridad social (*Deux lois de l'évolution pénale*, en *L'Année Sociologique*, 4, 1889-1900). Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 186 y ss.

749 Las ideas de prevención especial se dirigen en dos direcciones fundamentales: la corrección para los delincuentes corregibles y la eliminación para los incorregibles. Se trata, respectivamente, de la prevención especial positiva y la prevención especial negativa. Para FOUCAULT, estas ideas tienen su origen en el comienzo de la Edad Moderna, con el movimiento ilustrado. Sin embargo, otros como FERRAJOLI consideran que la opinión de FOUCAULT adolece de un error de perspectiva y que las doctrinas y legislaciones de tipo genuinamente correccional no se desarrollan hasta la segunda mitad del siglo XIX, “paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, sano o enfermo, acerca del cual son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder”, pues en opinión de FERRAJOLI, las doctrinas ilustradas se muestran más partidarias de la prevención general que de la especial. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 191 y ss. Como representante doctrinal destacado de la teoría de la prevención general negativa, los mencionados autores citan a CUSSON (*Pourquoi punir?*) que se refiere a la neutralización a través de la prisión y como representante de la teoría de la prevención general positiva, tendente a la reeducación del delincuente, el correccionismo en España (donde destaca DORADO MONTERO y su Derecho penal protector de los criminales, la dirección moderna de VON LISZT en Alemania (pudiendo destacarse su clasificación tripartita de las penas) y el positivismo en Italia (que trató de sustituir las penas por las medidas de seguridad).

750 Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 26.

“la razón que las justifica”. “No considerando el delito pasado sino como un hecho aislado que no puede ocurrir de nuevo, la pena sería inútil porque sólo serviría para añadir un mal a otro; pero cuando se considera que un delito no castigado abriría la puerta no sólo al delincuente sino a todos los que tuviesen los mismos motivos y ocasiones para cometerlo, se conoce que la pena aplicada a un individuo sirve de salvaguarda universal”⁷⁵¹.

A su vez, la finalidad de prevención general de la pena puede desdoblarse en una *prevención general intimidatoria o negativa*, que se basa en el miedo a la pena, y en una *prevención general positiva o de integración*, que se basa en el ejemplo, confirmando el Derecho penal y las normas básicas de convivencia, reforzando la confianza en el Derecho y logrando así la pacificación social y el encauzamiento de las conductas hacia patrones de comportamiento que se consideren socialmente aceptables⁷⁵². Como señala ALCÁCER GUIRAO, esta diferenciación entre prevención general negativa y positiva permite calificar a la prevención general positiva, no sólo como fin de la pena, sino como fin mismo del Derecho penal⁷⁵³, siendo ésta la idea predominante, en gran parte por influencia de la teoría de JAKOBS, quien pretende explicar el Derecho Penal a

751 BENTHAM, JEREMY: *Teoría de las penas y de las recompensas*, Tomo I, Barcelona, 1838, pág. 16.

752 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 76-77.

753 Cfr. ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, con cita de NEUMANN - SCHROTH: *Neuere Theorien*, pág. 34: “La teoría de la prevención general positiva tiende cuanto menos a localizar el contenido de la pena en un distinto y superior nivel al de la teoría de la intimidación. Y ello porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de estabilización de la sociedad como tal. Es decir: mientras que la teoría de la intimidación enjuicia la efectividad de la pena exclusivamente desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una función más amplia, positiva: la estabilización de normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de la criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad”.

No obstante, es posible distinguir entre fines de la pena y fines del Derecho penal, pues el Derecho penal puede estar legitimado para abarcar otra finalidad, dirigida, junto a la protección de potenciales víctimas, a la protección de los potenciales delincuentes frente al poder estatal y, por ello, externa a la dirección preventiva que caracteriza los fines de la pena. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: «Los fines del Derecho Penal: una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, págs. 365-588. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1998-10036500588

partir de la diferencia entre fidelidad e infidelidad al Derecho⁷⁵⁴, de donde deriva también su teoría del Derecho Penal del enemigo, aplicable a los terroristas.

En relación con ello, cabe también señalar que las medidas legislativas que suponen una visión de la pena con la finalidad única de prevención general - fundamentalmente atendiendo a su vertiente negativa- son criticadas porque pueden producir una disociación acentuada entre la culpabilidad del sujeto y la magnitud de la sanción, pues, como señalan OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, si con la pena lo que se persigue es *impresionar y amedrentar* a la generalidad, se preferirá en todo caso la pena más grave, aunque sobrepase groseramente la culpabilidad del delincuente⁷⁵⁵.

Por ello, las teorías de la pena no desatienden a su aspecto preventivo-especial, teniendo en cuenta -como señala MESSUTI, con cita de MATHIEU- que la prisión ha quedado prácticamente como único medio para castigar los delitos (en general), y no porque se aprecie su valor simbólico o porque se pretenda reprimir la voluntad del reo sino, según la mencionada autora, por haberse tomado la pena como un medio de defensa de la sociedad y de sus miembros, de modo que tener prisionero al culpable sirve para impedirle que haga daño⁷⁵⁶.

Atendiendo concretamente a los delitos de terrorismo, es habitual que la doctrina aluda a que la principal función de la pena de prisión es la modalidad de prevención especial que se ha venido en denominar *prevención especial negativa* y que no perseguiría otra finalidad que la de inocuizar al terrorista, evitando que pueda causar más daños. En el concreto caso de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, tales crímenes se castigarán con la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código, de conformidad con el art. 573.1.1ª. Tal pena, en la

754 Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: «Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LIX, 2006, págs. 111-134. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10011100134 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Prevenci%F3n general positiva. Una reflexi%F3n en torno a la teor%EDa de la pena de G%FCnther Jakobs

755 Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 27.

756 MESSUTI, ANA: «El tiempo como pena» (capítulo) en su obra del mismo título *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 54. La cita de MATHIEU se refiere al libro *Perché punire?* Rosconi, Milano, 1978, pág. 255.

actualidad no es otra que la de prisión permanente revisable⁷⁵⁷. No obstante, siendo la prevención especial considerada como inocuización una de las finalidades tradicionalmente asignadas a la pena (desde VON LISZT se defiende la inocuización de los delincuentes considerados incorregibles), tampoco puede obviarse que, como todos los presos, y por imperativo constitucional, el terrorista condenado a prisión será sometido a una pena orientada hacia la reeducación y reinserción social y que no podrán consistir en trabajos forzados. Gozará además de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad (art. 25. 2 de la Constitución).

- *La prescripción del delito fundada en el olvido del hecho y la consiguiente imposibilidad de que la pena despliegue efectos de prevención general. Inaplicabilidad a los delitos de terrorismo.*

Para el estudio del fundamento de la prescripción consistente en la imposibilidad de que la pena cumpla ya sus fines de prevención general por razón del tiempo transcurrido desde la comisión del delito es necesario partir de que, como advierte GONZÁLEZ TAPIA en su monografía sobre la prescripción en el Derecho penal, en casi todo lo referente a la prevención general nos estamos moviendo con datos no contrastados, sustentados sobre un presunto sentimiento colectivo⁷⁵⁸. Esto, sin embargo, no impide realizar algunas reflexiones al respecto.

PEDREIRA GONZÁLEZ observa cómo la asignación a la pena de finalidades de tipo preventivo permite fundamentar la prescripción del delito en el olvido paulatino

757 Como se ha dicho en otro lugar, precisamente, el hecho de que el Partido Socialista Obrero Español se manifestase contrario a la pena de prisión permanente revisable es lo que motivó esta redacción del Código Penal en referencia a la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código y no a la prisión permanente revisable, con la esperanza de suprimir en un futuro dicha pena del Código sin necesidad de modificar la redacción de los delitos de terrorismo. Cfr. Diario “El País”, 30 de enero de 2015: «El PSOE tolera la cadena perpetua para salvar el pacto antiterrorista» (Fernando Garea). http://politica.elpais.com/politica/2015/01/29/actualidad/1422558115_242460.html

758 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 81.

del delito que el paso del tiempo propicia y que hace ya que la pena no sólo sea innecesaria, sino incluso contraproducente, pues vendría a violentar una situación pacífica⁷⁵⁹. La idea es que los delitos poco graves no perseguidos durante un periodo de tiempo más o menos largo pueden ser percibidos por la colectividad como hechos ya superados, pertenecientes al pasado y, por ello, la imposición de una pena intempestiva podría considerarse como algo injusto y carente de sentido desde el punto de vista de la prevención general. En definitiva, la pena tardía ya no cumple con la finalidad intimidatoria a que estaría llamada, y al carecer de finalidad puede considerarse una pena injusta. Estas ideas fueron en un principio incluso conectadas a la idea de la pena retributiva. Así, PESINA consideraba que aunque la pena, esencialmente retributiva, suponga la negación del delito, ha de partir de la conciencia del delito en la sociedad, y esta conciencia se pierde por el transcurso del tiempo⁷⁶⁰. Y aunque en la actualidad se han superado en gran medida los planteamientos retributivos, como señala PEDREIRA GONZÁLEZ, la idea (por otro lado evidente) de que el transcurso del tiempo hace olvidar el delito ha sido acogida por muchos autores, que la citan como fundamento de la prescripción bien de forma exclusiva o bien en combinación con argumentos procedentes de otras teorías, residiendo la clave del éxito de tal idea en su coherencia con la consideración de la prevención general como fin de la pena, a su vez aceptado por gran parte de la doctrina científica, así como en su capacidad de explicar el carácter

759 Sirven de base a esta teoría ideas como las plasmadas por ya en el siglo XVII por PUFENDORF que, en su *De iure naturae et Gentium*, afirmaba que “sería superfluo recordar en justicia los crímenes cuando tan largo tiempo hace desaparecer y olvidar su efecto, de manera que ninguna de las razones por las cuales se imponen las penas tenga ya lugar”. CARRARA, en su *Opuscoli di Diritto criminale, Prescrizione penale (interruzione)* apuntaba: “Ahora bien, puesto que, después de un largo periodo de tiempo, como todos sentimos, el recuerdo del delito desaparece de la memoria de los ciudadanos, la opinión de la seguridad resurge naturalmente por obra posterior de la ley; y (en los casos de delitos más graves para los cuales reclama la ley un término más largo) el drama de la pena sería presenciado por una generación que no presenció el drama del delito: es evidente que, al castigar en esta condición de los ánimos, se despertaría en el público un sentimiento de piedad hacia el condenado, y vendría a producirse un efecto totalmente opuesto a aquel para el cual estaba destinada la punición”. Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 124.

760 En este sentido, PEDREIRA GONZÁLEZ señala cómo PESINA, uno de los máximos patrocinadores de la retribución jurídica en Italia, afirmaba en sus *Elementos de Derecho penal* que “Con el transcurso del tiempo se recuerda menos el delito y la misma sociedad cambia, al cambiar los individuos que la constituyen. Es indudable que la sociedad humana debe negar las negaciones del Derecho contenidas en el delito, y debe hacerlo por el castigo del delincuente, pero debe hacer esto en tanto en cuanto tiene conciencia del mal realizado... en esta eficacia intrínseca de la conciencia del delito en la humana convivencia, se halla no sólo el fundamento de la prescripción de la acción penal, sino también el de la prescripción de la pena”. Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 124-125.

proporcional de los términos prescriptivos, partiendo de que, cuanto más grave es el delito, mayor tiempo perdura en el recuerdo de la sociedad⁷⁶¹. En este mismo sentido, también GONZÁLEZ TAPIA apunta cómo la interpretación de la prescripción penal a partir de los fines preventivo-generales de la pena guarda coherencia con determinados aspectos de nuestra regulación positiva, como la circunstancia de que los plazos de prescripción sean directamente proporcionales a la gravedad del delito y que delitos especialmente graves no prescriban⁷⁶².

No obstante lo anterior, debe distinguirse en primer lugar -como advierte PEDREIRA GONZÁLEZ-, entre la gravedad del hecho, que justificaría los plazos escalonados, y la repercusión social del delito. Y ello porque que existen delitos con escasa repercusión social que, con base en el anterior criterio, deberían llevar aparejados plazos prescriptivos inferiores, pero como puede observarse, éste no es el criterio seguido en nuestro Código Penal. Admitir lo contrario -apunta PEDREIRA- “sería tanto como decir que en aquellos delincuentes cuyo delito se haya mantenido oculto no es necesario imponer la pena”⁷⁶³. En este sentido, cabe mencionar cómo la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo también en nuestro Código Penal la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, afirma lo siguiente:

La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que

761 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 125.

762 Ella cita el genocidio, al no ser aún imprescriptibles, al tiempo de publicar su monografía, los delitos de terrorismo con resultado de muerte. Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 80.

763 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 125 a 127.

hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años.

Por otro lado, tratándose de delitos especialmente graves, sucede, como apunta RAGUÉS I VALLÉS, que la tendencia de los medios de comunicación a mantenerlos vivos ante la opinión pública dificulta el olvido social y alarga el tiempo en el que la pena se percibe colectivamente como necesaria⁷⁶⁴. En el caso de los delitos de terrorismo, sobre todo cuando han provocado resultados de muerte, la influencia de los medios de comunicación resulta innegable a la hora de mantener vivo tal recuerdo. De hecho, como se expuso en el capítulo correspondiente al concepto jurídico del terrorismo, resulta difícil imaginar que el fenómeno terrorista pudiese alcanzar sus objetivos sin la existencia de medios de comunicación. Desde este punto de vista, la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo bien podría fundarse en el mantenimiento de la necesidad de pena con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión, aunque, más que por razones de prevención general en atención a evitar la comisión futura de tales crímenes (pues el terrorismo requiere de la concurrencia de determinados factores criminógenos y no es un delito que en principio pueda ser cometido por cualquiera) sino por no darse el sustrato que serviría de fundamento a la prescripción, esto es, el olvido del hecho.

- Especial estudio de la prevención general negativa en relación con los delitos de terrorismo: el escaso efecto intimidatorio de las normas antiterroristas desde el punto de vista de la prevención especial.

Si existen personas que muestran mayor predisposición al cumplimiento de las normas y otras que con mayor tendencia a transgredirla, no puede decirse que la amenaza de la ley penal se dirija por igual contra toda la sociedad. Máxime tratándose de delitos como los de terrorismo, cuyos autores presentan características señaladas y difícilmente la amenaza de una pena tendrá para ellos efectos disuasorios.

Atendiendo a este hecho, resulta claro que la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, asegurando que

764 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: «La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida», en *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma* (Dir. Jesús-María Silva Sánchez, Coord. Nuria Pastor Muñoz), La Ley, Madrid, 2012, págs. 219-242 (226).

el transcurso del tiempo no impedirá la imposición de la pena, surtirá sin embargo un efecto nulo desde el punto de vista de la prevención general negativa.

Debe atenderse, en primer lugar, a la existencia de unos condicionantes psicológicos e identitarios que se dan en el terrorista y no en el resto de los ciudadanos. En este sentido, ROGELIO ALONSO PASCUAL explica que no existe una única causa de radicalización de los individuos, sino un conjunto de factores propiciadores y facilitadores, entre los que cita los siguientes:

- Ideologías extremistas de tipo religioso o secular;
- Tradiciones y contextos históricos de violencia política;
- Realidad o percepción de victimización tanto directa como indirecta, así como de injusticias, represión y alienación política, social o económica con su consiguiente sentimiento de frustración;
- Sentimientos o experiencias de discriminación por motivos de etnia, raza o religión;
- Insuficiente integración social tras desplazamientos motivados por inmigración, guerra civil, conflictos violentos, ruptura familiar u otras experiencias dramáticas;
- Solidaridad con agravios externos o distantes que generan identificación por extensión o asimilación;
- Presencia e influencia de carismáticos referentes ideológicos, familiares, sociales y políticos;
- Condicionantes psicológicos e identitarios que pueden comprender desde traumas diversos hasta la búsqueda de refuerzos y de autoridad;
- Difusión de narrativas e imágenes violentas a través de los medios de comunicación de masas;

- Sentimientos de frustración, odio y venganza hacia ciudadanos categorizados como diferentes en función de su nacionalidad, religión y adscripción ideológica⁷⁶⁵.

Unido estrechamente a lo anterior, es de destacar el fanatismo de los autores de este tipo de delitos, pues, como apunta MORAL DE LA ROSA, una de las notas que caracterizan al terrorismo es que sus dirigentes y practicantes suelen ser fanáticos que llevan ese fanatismo a sus últimas consecuencias, siendo por ello por lo que el terrorismo carece de sentido la totalidad de las veces⁷⁶⁶. El término, como explica DE LA CORTE IBÁÑEZ, deriva de la voz latina *fanum*, que significa “templo”. La palabra “fanatismo” se acuñó en el siglo XVII para designar el excesivo entusiasmo con el que ciertos individuos o grupos se aferraban a sus creencias y actitudes religiosas. Hoy es empleada con un sentido más amplio y también suele servir para designar actitudes vinculadas a creencias no religiosas, aunque siempre con una fuerte connotación peyorativa. Pero como advierte este autor, el fanatismo no es una enfermedad mental ni figura entre las categorías diagnósticas contenidas en el DSM-IV (de modo que no podrá alegarse como causa de inimputabilidad), siendo además bastante discutibles las analogías clínicas establecidas entre el fanatismo y ciertos trastornos psicopatológicos, con la sola excepción -acerca de la que han especulado algunos autores como TAYLOR Y RYAN-, sobre la posible relación entre fanatismo y paranoia o con trastornos obsesivo-compulsivos, si bien no existen datos que sustenten ninguna de esas conjeturas. Explica además DE LA CORTE IBÁÑEZ que las obsesiones patológicas y las “obsesiones de los terroristas” son muy diferentes, pues los fanáticos pueden ocultar esas obsesiones ante personas que podrían desaprobárselas (lo que los terroristas deben hacer muy a menudo), y además no perciben sus obsesiones como irracionales o aversivas, lo que sí les sucede, en cambio, a los obsesivo-compulsivos. A juicio de nuestro autor, las dos cualidades esenciales de la actitud fanática son la impermeabilidad

765 ALONSO PASCUAL, ROGELIO: «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», en *La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional*, Cuadernos de estrategia del Ministerio de Defensa 141. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Grupo de Trabajo número 07/08.
http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=27832

766 MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, pág. 17.

al influjo de informaciones y opiniones que resulten incongruentes con las creencias fanatizadas y la consiguiente persistencia de esas creencias a través del tiempo (tal vez, a través de décadas o incluso de toda una vida). De acuerdo con esto, el fanatismo podría ser sintéticamente definido, de forma simplificada, como un “estado mental caracterizado por la adhesión tenaz y prolongada a ciertas creencias”⁷⁶⁷.

ALFONSO FERNÁNDEZ, por su parte, señala que el sujeto fanático idealista luchador se distingue por la formación de un ideal sobrevalorado, es decir, un sistema de creencias rígido e inquebrantable vivido con una enorme pasión, y por el esfuerzo de tratar de imponer este ideal a los demás mediante una conducta activa que se desliza entre el proselitismo y la belicosidad, y que puede llegar al exterminio del que se resiste a aceptar sus ideas. El punto esencial del ideal sobrevalorado es que se trata de una cuestión sobrecargada de afectividad, abrazada con una pasión inconmovible, y que, por ello, se instala en el centro de la vida psíquica para gobernar los pensamientos y los actos del sujeto. Queda delimitado así el fanático idealista combativo por dos rasgos psíquicos esenciales: la sobrevaloración de alguna cuestión general y la lucha por la propagación de sus convicciones⁷⁶⁸.

El prototipo del terrorista, como afirma RODRÍGUEZ URIBES, es un sujeto fanático para su causa, a diferencia de otro tipo de asesinos, en los que puede haber desequilibrios psiquiátricos y, en su caso, inimputabilidad penal. Frente a éstos, “los terroristas se mueven en el ámbito de la libertad, deciden *libremente* ser terroristas”⁷⁶⁹.

En el concreto caso del terrorismo de ETA, el experto en terrorismo REINARES ofrece una caracterización de los terroristas etarras, explicando que se trata en su mayoría de varones que ingresan en la organización siendo jóvenes y solteros, resultando decisivo a la hora de dar el paso de ingresar en la organización factores tales como la percepción de apoyo social, así como la dimensión organizativa de la banda y

767 Cfr. DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, págs. 213-218.

768 Cfr. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo* (entrada: “psicología del terrorismo”), Espasa, Madrid, 2004, pág. 157.

769 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

las expectativas de éxito⁷⁷⁰. No obstante, también destacaba este autor, en referencia a la posibilidad de los etarras de huir al País Vasco francés, que “es muy probable que ninguna otra circunstancia aminore tanto los costes y los riesgos percibidos en la militancia dentro de una organización terrorista como el conocimiento fidedigno de que existe un santuario o lugar seguro y de acceso relativamente fácil al cual huir en caso de necesidad”⁷⁷¹.

No obstante, esta idea no es aplicable a los terroristas de corte yihadista pues, como explica BENEGAS, el fanatismo de éstos les lleva hasta el punto no solo de matar a miles de personas sino de morir ellos mismos: “El integrismo religioso ha convertido a estos «luchadores de Alá» dispuestos a morir en «mártires» por una «causa» sagrada, por lo tanto, en elegidos para entrar en el Paraíso”⁷⁷². A decir de ALONSO-FERNÁNDEZ, el terrorismo religioso es el más maligno de todos porque sus “miembros operativos están convencidos de actuar en nombre de dios mediante la realización de un acto sacramental. Los terrosucidas se reclutan entre ellos al adoptar la convicción de pasar directamente al Paraíso, ya que en su espíritu deja de existir en determinados momentos una contradicción entre la vida y la muerte. También pueden intervenir en su determinación otras motivaciones, más o menos espúreas, como la pobreza, la enfermedad mental, la coacción o el logro de una pensión para su familia”⁷⁷³.

Teniendo en cuenta estas características psicológicas de la generalidad de los terroristas, de las que nos hemos limitado a hacer un breve apunte, parece difícil que la elevación del plazo de prescripción les pueda disuadir de cometer estos delitos. Cabe recordar, además, que los delitos de terrorismo con resultado de muerte, antes de antes de que fuesen considerados imprescriptibles en nuestro Derecho, tenían ya asignados un plazo de prescripción lo suficientemente largo (veinte años) como para poder pensar que

770 REINARES NESTARES, FERNANDO: *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001, págs. 100 y ss.

771 REINARES NESTARES, FERNANDO: *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001, pág. 108.

772 BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 557 (definición de “terrorismo global”).

773 ALONSO-FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «La victimización del terrorismo», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, VV.AA., Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 147-155 (148).

esta elevación del plazo no tendrá ningún impacto en la conciencia del terrorista decidido a atacar. Asimismo, pese a que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, elevó el plazo de prescripción de estos delitos desde los veinte años a la imprescriptibilidad, no aumentó sin embargo su pena, manteniéndose la misma tenían señalada con anterioridad a la mencionada reforma (prisión de veinte a treinta años de prisión). Ha sido con la reforma del Código Penal de 2015 (mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo) cuando se ha elevado la de prisión para estos delitos hasta la prisión permanente revisable, que no obstante no se menciona así expresamente, refiriéndose el art. 573 bis 1.1ª CP a la “pena de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”⁷⁷⁴.

Y es que, ciertamente, resulta verdaderamente difícil pensar que un terrorista convencido de la idoneidad o necesidad de su acción criminal vaya a desistir del empleo de estos medios para lograr sus objetivos políticos o religiosos por el hecho de que el Código Penal haya elevado el plazo de prescripción de estos delitos. La falta de influencia de la amenaza de la pena en el terrorista puede explicarse, como hace GARCÍA-TREVIJANO, porque “El terrorista simplifica el análisis de la situación social en que se encuentra. Todo lo reduce a cuestión de fuerza de voluntad propia, sin carácter moral, y resistencia material ajena. Y opera sobre la sociedad al modo como el hombre lo hace sobre la Naturaleza. Lo ilegal no pone en juego la moralidad de sus actuaciones. Abate vidas humanas y destruye bienes colectivos con la tranquilidad de conciencia, y la astucia miope, del leñador o cazador furtivos que diezman árboles o reses sin miramiento al porvenir del bosque o la manada”⁷⁷⁵.

Este fenómeno puede también explicarse atendiendo a la distinción entre normas primarias y secundarias y a la distinta percepción de las mismas por parte de los terroristas. La diferencia entre ambos tipos de normas es explicada por MIR PUIG de la siguiente manera: Las proposiciones jurídicas que señalan una pena a un determinado comportamiento cumplen, sin duda, una función de información y aviso al ciudadano,

774 Como ya se ha dicho, el hecho de que el Partido Socialista Obrero Español se manifestase contrario a la pena de prisión permanente revisable es lo que motivó esta redacción del Código Penal en referencia a la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código y no a la prisión permanente revisable, con la esperanza de suprimir en un futuro dicha pena del Código sin necesidad de modificar la redacción de los delitos de terrorismo. Cfr. Diario “El País”, 30 de enero de 2015: «El PSOE tolera la cadena perpetua para salvar el pacto antiterrorista» (Fernando Garea). http://politica.elpais.com/politica/2015/01/29/actualidad/1422558115_242460.html

775 GARCÍA-TREVIJANO FORTE, ANTONIO: «El terrorista», Diario “La razón”, jueves 13 de diciembre de 2001.

pero no se dirigen literalmente al ciudadano, sino que sólo transmiten *de forma expresa* un mandato dirigido *al Juez* que le obliga a imponer la pena llegado el caso (...) Sin embargo, al señalar una pena para el homicidio, el legislador pretende algo más que informar y castigar: pretende prohibir, bajo la amenaza de la pena, el homicidio. La conminación penal del homicidio transmite no sólo un aviso al ciudadano y la voluntad normativa de que el Juez castigue llegado el caso, sino, ante todo, la voluntad normativa de que los ciudadanos no maten –salvo que concurra causa de justificación–. El enunciado legal que castiga un hecho con una pena ha de interpretarse, pues, como una forma de comunicación de dos normas distintas; de una norma prohibitiva dirigida al ciudadano, que llamaremos “norma primaria” y de una norma que obliga a castigar dirigida al Juez, la cual designaremos “norma secundaria”⁷⁷⁶.

Pues bien, en este sentido, cabe recordar que la intimidación por la amenaza –como ponen de manifiesto M^o JOSÉ y FERNANDO FALCÓN Y TELLA–, justifica la sanción penal como medio para asegurar la eficacia de las normas penales, pero no justifica las prohibiciones mismas. Según la tesis clásica de distinción, la norma penal sería una norma secundaria que aseguraría la eficacia de la norma primaria o de conducta, (la que prohíbe matar, pero no justifica su contenido)⁷⁷⁷. Si para el terrorista existe una causa superior (la consecución de los fines políticos) que justifica no obedecer la norma primaria, como es la que prohíbe matar (con o sin finalidad política), una modificación de la norma secundaria (referida en este caso a la imprescriptibilidad o certeza de la imposición de pena) no ha de tener efecto disuasorio alguno sobre el terrorista, al persistir la causa que, a su juicio, justifica la vulneración de la norma primaria.

776 MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, págs. 61 y ss. MIR PUIG admite que la concepción mantenida no coincide exactamente con la teoría de las normas formulada por BINDING en el siglo XIX, autor a quien reconoce el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas dirigidas al ciudadano no formuladas por la reacción literal de los preceptos penales, al notar que, de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y pese a ello se le castiga. Pero para BINDING, las normas que infringe el delincuente son ajenas al Derecho penal: son normas pertenecientes al Derecho Público general –no específicamente penal–. El Derecho penal se limitaría a castigar la infracción de dichas normas no penales: tendría una naturaleza meramente sancionatoria. La “ley penal” que establece la pena no tendría el carácter de “norma”, sino de “proposición jurídicamente autorizadora”, reguladora del nacimiento, contenido y extinción de la relación jurídico-penal.

777 Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 182.

En definitiva, frente a los terroristas y su fanatismo, la intimidación que pueda resultar de una elevación del plazo de prescripción es mínima por no decir nula⁷⁷⁸.

4.2.2.2.2. *Prevención especial, terrorismo y prescripción*

Pasemos ahora a tomar en consideración la función de prevención especial de la pena. Vista desde la perspectiva de la prevención especial, la pena ya no es un imperativo categórico que, como sostuviera KANT, deba aplicarse con todo rigor y en todos los casos, como retribución al delito cometido, sino que su aplicación encontrará sentido en cuanto cumpla con la función social de la prevención especial.

Atendiendo a la prevención especial, la pena no influye sobre el delito, sino sobre el delincuente, –como explicara VON LISZT–, mediante tres mecanismos de actuación diferentes:

- “1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;
- 2) Intimidación del delincuente que no requiere corrección; y
- 3) Inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección”⁷⁷⁹.

778 Como reconoce MIR PUIG, en los delitos de terrorismo (lo mismo que en los pasionales), “el contraestímulo de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia”. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 117.

779 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 82- 83.

Como explica SILVA SÁNCHEZ, con esta clasificación, se sientan las bases para las medidas de seguridad, que en realidad tenían la vocación de sustituir las penas tomando como punto de referencia no la culpabilidad, sino la peligrosidad del delincuente. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2ª edición, 2008, pág. 113.

MIR PUIG lo explica de la siguiente manera: “Frente al delincuente ocasional necesitado de correctivo, la pena constituye un “recordatorio” que le inhiba de ulteriores delitos; frente al delincuente no ocasional pero corregible –también llamado “de estado” porque en él el carácter de delincuente constituye ya un estado de cierta permanencia– deben perseguirle la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; frente al *delincuente habitual incorregible* la pena ha de conseguir su inocuidad a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo”. MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 45.

Cabe mencionar que esta clasificación tripartita de los delincuentes propuesta por VON LISZT, junto con las clasificaciones de delincuentes elaboradas por los representantes de la *Scuola Positiva* italiana LOMBROSO y FERRI se encuentra el origen de la teoría de los tipos de autor en la que, sin

De este modo fue como, frente a la pena como retribución, tal y como era concebida por la Escuela clásica, la clasificación de delincuentes de VON LISZT constituyó el punto de arranque de la concepción preventivo-especial⁷⁸⁰.

Al dirigirse la pena al individuo delincuente en concreto, a diferencia de la prevención general –que tiene por destinatarios a la colectividad de los ciudadanos–, como señalan MARÍA JOSÉ y FERNANDO FALCÓN Y TELLA⁷⁸¹, esta función adquiere su máxima significación en el momento de la ejecución de la pena.

A tal función se refiere el único precepto que la Constitución dedica a la función que han de cumplir las penas privativas de libertad y que no es otro que el art. 25.2, que establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. De este modo, la Constitución acoge en su art. 25, ubicado en sede de derechos fundamentales, un modelo penitenciario basado en la reeducación y reinserción social, haciéndose eco de las tendencias en las que predominan las ideas de rehabilitación y terapia social, y que viene a sustituir a modelos anteriores en los que lo fundamental eran los aspectos punitivos.

No obstante, la función del art. 25.2 de la Constitución, como se desprende de la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional, se limita a trazar las líneas esenciales de la relación de sujeción especial penitenciaria, que prontamente fueron definidas en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria⁷⁸², la primera ley con este rango aprobada tras la Constitución. El art. 1 de esta Ley establece como fin primordial de las Instituciones penitenciarias “la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”, función a la que se añade “la retención y custodia de detenidos, presos y penados”. También dice que “Igualmente tienen a su cargo una labor

embargo, como se ha explicado, no tienen encaje los tipos penales de terrorismo recogidos en nuestro Código Penal. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 83 y ss.

780 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 35.

781 FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 191.

782 «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>

asistencial y de ayuda para internos y liberados”. El art. 71 LOGP viene a establecer que la función de reeducación y reinserción se articula por tanto en torno al llamado “tratamiento penitenciario”, al señalar que el “fin primordial” del régimen de los establecimientos de cumplimiento será “lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas”.

Pero el precepto del art. 25.2 de la Constitución ha suscitado también la duda de si la reeducación y la reinserción han de ser la única función de la pena o si sólo han de constituir la función preponderante. También suscita dudas el hecho de que la norma se ubique en sede de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, lo que podría interpretarse en el sentido de que con ello se confiere a los presos un derecho subjetivo a la reeducación y a la reinserción social, reclamable mediante el proceso preferente y sumario que prevé la Constitución y en todo caso a través del recurso de amparo, como garantiza el art. 53.2. Y finalmente, en caso de existir tal derecho subjetivo, surge la duda de cuál sería su contenido. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha afirmado que lo dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende, a través de él que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad. Y al ser un mandato al legislador, no se deriva de él un derecho subjetivo a la reinserción social de los penados, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes penales⁷⁸³.

Asimismo, ha declarado el Tribunal Constitucional que *“a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos : a las*

783 Cfr. Autos del Tribunal Constitucional 15/1984 (RTC 1984, 15); 486/1985 (RTC 1985, 486), 303/1986 (RTC 1986, 303) y 780/1986 (RTC 1986, 780), y Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987 (RTC 1987, 2) 19/1988 (RTC 1988, 19), 28/1988 (RTC 1988, 28), 150/1991 (RTC 1991, 150), 209/1993 (RTC 1993, 209), 72/1994 (RTC 1994, 72), 112/1996 (RTC 1996, 112), 2/1997 (RTC 1997, 2) y 81/1997 (RTC 1997, 81).

diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena”⁷⁸⁴.

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 160/2012 de 20 septiembre ha reiterado que el enunciado del art. 25.2 CE se dirige al legislador penitenciario y a la administración por él creada y que la pena tiene también otros fines legítimos, tanto de prevención general como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales: *“La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003, 167) , F. 6 y 299/2005, de 21 de noviembre (RTC 2005, 299, F. 2). Debe resaltarse, en este sentido, que «el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla» (STC 19/1988, de 16 de febrero (RTC 1988, 19) , F. 9), Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afcción al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del ius puniendi . En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la*

784 Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55).

confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos”⁷⁸⁵.

Puede decirse que, en general, la respuesta del Tribunal Constitucional ha sido cauta y restrictiva, como advierten los Profesores FALCÓN Y TELLA, quizás por haber tomado conciencia de la diversidad de planos y de la ambigüedad terminológica distinguiendo entre “fines” de la pena (qué persigue) y “funciones” de la pena (cómo lo hace o debería hacerlo). Como fin, la pena persigue la evitación de ciertos comportamientos humanos para la protección de ciertos bienes jurídicos. Esto lo hace o debería hacerlo mediante las funciones de la pena: la prevención general y la especial, en sus versiones positiva y negativa⁷⁸⁶.

De todo lo anterior se desprende que es posible imponer una pena privativa de libertad aun cuando con ella no se logrará la reeducación o la reinserción social del penado y no por ello se infringe ningún derecho fundamental de éste. Ciertamente, el mencionado art. 25.2 CE no excluye que la pena tenga otros fines distintos a la resocialización que pueden legitimarla. No en vano, esta previsión convive en nuestro Derecho con otras como la del art. 100 LECrim, según el cual “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable” y que pese a que trata de 1882, encuentra su apoyo en la exigencia de justicia que el art. 1 de la Constitución de 1978 proclama como valor superior del ordenamiento jurídico. Tenemos en definitiva que, según el Tribunal Constitucional “*la reeducación y la resocialización no descartan (...) otros fines válidos de la norma punitiva*”, conteniendo un mandato que se dirige al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad⁷⁸⁷, de modo que el contenido del art. 25.2 CE no genera directamente un

785 Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 160/2012 de 20 de septiembre (RTC 2012, 160).

786 Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 232.

En este mismo sentido, proponía FERRAJOLI distinguir entre “teorías” explicativas de la función de la pena (de carácter descriptivo) y las “doctrinas” axiológicas o normativas sobre el fin de la pena (de carácter prescriptivo). HASSEMER y MUÑOZ CONDE sugieren usar indistintamente los términos “misión” y “función”, y reservar este último para aludir también a las consecuencias no deseadas pero reales de la pena. Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 22.

787 Sirva como ejemplo este extracto: “La reeducación y la resocialización -que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva- han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la

derecho subjetivo de los penados. Así, ha declarado que se trata de un *“principio constitucional, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, pero el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación”*⁷⁸⁸. También ha recordado el Tribunal Constitucional que *“las finalidades del art. 25.2 no tienen un carácter prioritario sobre otras -de prevención general u otras de prevención especial-; es más, resulta discutible el presupuesto de que la propia sanción no despliega ninguna función resocializadora”*⁷⁸⁹. Es más: *“el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles -prevención especial, retribución, reinserción, etc. - ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal”*⁷⁹⁰.

A la vista de cuanto antecede, parece claro que constitucionalmente nada impide la imposición de una pena por un delito no prescrito aun cuando el delincuente se encuentre perfectamente integrado o reinsertado en la sociedad. Por eso, la proclamación constitucional del art. 25.2 tampoco puede ser interpretada como un irreflexivo absolutismo de la prevención especial, pues no anula el principio de culpabilidad, ni tampoco los fines preventivo-generales; como ponen de manifiesto los

consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora. No cabe, pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad -tengan o no el carácter de «pena»- puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias”. Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 19/1988 de 16 de febrero (RTC 1988, 19).

En el mismo sentido, STC 150/1991, de 4 de julio (RTC 1991, 150), F. 4; en el mismo sentido, F. 9; 28/1988, de 23 de febrero (RTC 1988, 28), F. 2; 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55), F. 4 y 234/1997, de 18 de diciembre (RTC 1997, 234), F. 7; en sentido similar SSTC 79/1998, de 1 de abril (RTC 1998, 79), F. 2 y 88/1998, de 21 de abril (RTC 1998, 88), F. 3.

788 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 2/1987 de 21 de enero (RTC 1987, 2), reiterando doctrina del Auto 10 de julio de 1985.

789 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 234/1997 de 18 de diciembre (RTC 1997, 234), con cita de anteriores Sentencias del mismo órgano: 19/1988 (RTC 1988, 19), 150/1991 (RTC 1991, 150) y 55/1996 (RTC 1996, 55).

790 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 150/1991 de 4 de julio (RTC 1991, 150).

Profesores FALCÓN Y TELLA; sólo induce a reconocer los fines preventivo-especiales en la ejecución de la pena cuando sea posible socialmente⁷⁹¹.

Y por lo mismo, tampoco es admisible anular una condena aun cuando el penado se encuentra perfectamente reinserito. Porque, en palabras del propio Tribunal Constitucional, *“Lo que dispone el art. 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, mas no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional”*⁷⁹².

Las anteriores precisiones permiten afirmar que no existe obstáculo, desde el punto de vista de los fines de la pena en nuestra doctrina constitucional para que la Ley pueda declarar imprescriptibles los delitos de terrorismo con resultado de muerte, de modo que sus autores puedan ser juzgados por mucho tiempo que haya transcurrido desde su comisión mientras estén vivos y pese a que pudiera ser alegada una hipotética reinserción del terrorista posterior a la comisión del delito. Y ello, incluso en el eventual supuesto de que tal reinserción no se hubiera producido espontáneamente –fuera de la prisión– sino como consecuencia del cumplimiento de una previa condena impuesta por otro delito cuando en el momento del primer juicio condenatorio (y de la posterior excarcelación tras el cumplimiento de la pena) se llegara a conocer la comisión de otro delito de terrorismo imprescriptible.

Expuestas las aclaraciones del Tribunal Constitucional al precepto, cabe no obstante añadir que, como ha señalado TAMARIT SUMALLA, la optimista declaración constitucional apareció además en un momento en que el pensamiento de la resocialización comenzaba a entrar en crisis. Por esta razón, entiende el mencionado autor que su descrédito se ha extendido hoy en la doctrina, que de manera mayoritaria rechaza la comentada idea como clave explicativa de la moderna política criminal⁷⁹³. En

⁷⁹¹ Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 228 y 229.

⁷⁹² Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Auto núm. 486/1985 de 10 de julio (RTC 1985, 486).

⁷⁹³ TAMARIT SUMALLA, JOSEP-MARÍA y otros: *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 45 y ss.

En este sentido, también OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ refieren cómo la meta de la resocialización entró en crisis a partir de la década de los ochenta, de modo que esta orientación

contra de esta pretensión se puede invocar tanto la ilegitimidad de una “socialización coactiva”, ilegitimidad que se desprende tanto de la incompatibilidad de esta imposición con los principios constitucionales como por la propia naturaleza contradictoria de un tratamiento no aceptado por el sujeto. Pero sobre todo, se le puede achacar, como ponen de manifiesto OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, que está basada en una visión reduccionista de la realidad criminal⁷⁹⁴.

En palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, “la resocialización (o, en ciertos casos, la socialización sustitutiva de otra deficiente) como fin de la pena, especialmente de la de prisión, no es más que un mito que no se sostiene empíricamente. Al igual que la defensa de la prevención general intimidatoria se basa en una sobrevaloración empíricamente insostenible de la capacidad de influencia de las normas penales y las penas en las decisiones cotidianas de los ciudadanos, la prevención especial ha sobrevalorado la capacidad de la influencia positiva de la pena en los condenados y, por ello, ha fracasado. El éxito de la prevención especial depende, por el contrario, de que

preventivo-especial está siendo, si no postergada, al menos seriamente cuestionada, hasta el punto de ser considerada por algunos autores como un “mito”, una utopía, un ideal inalcanzable. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 31.

Sobre la crisis de la idea de resocialización, puede verse también GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 96 y ss.

794 Como señala ROXIN, los argumentos planteados en los distintos ámbitos políticos y jurídicos, a veces de muy diverso signo, pueden agruparse en tres clases: políticos, político-criminales y prácticos. En cuanto a los argumentos políticos, partiendo de un pensamiento de corte conservador, suele argüirse que la misión del Derecho penal reside exclusivamente en la protección de la sociedad, función que se logra mejor a través de la retribución que por medio de la atención de las necesidades del culpable. Desde una perspectiva radical, se opina que las causas de la criminalidad se hallan en las condiciones injustas creadas por la propia sociedad, por lo que los esfuerzos deberían dirigirse a cambiar ésta y no al individuo, que es la “víctima del sistema”. En cuanto a los argumentos político-criminales, se dice que la resocialización, llevada a sus últimos extremos, debería conducir a penas de duración indeterminada (hasta conseguir la recuperación del sujeto), lo que contraría la seguridad jurídica y propicia la arbitrariedad. También que el Derecho penal resocializador exige coactividad en el tratamiento al delincuente, ya que no se precisa que el sujeto preste su consentimiento a la rehabilitación, por lo que puede utilizarse como instrumento de control y manipulación social. Por último, en cuanto a los argumentos de tipo práctico, se dice que los programas resocializadores reclaman recursos financieros ingentes (para contratación y formación de personal especializado, adquisición de instalaciones adecuadas, ayudas y subvenciones, etc.), cantidades de las que normalmente los Estados no disponen y también que todos los intentos resocializadores que se han acometido hasta el momento han resultado baldíos o, utilizando la célebre frase que se ha convertido en tópico, *nothing works*. Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, págs.31-32.

no se sobrevaloren las posibilidades de influencia positiva de la pena y no se le exija más de lo que limitadamente puede aportar”⁷⁹⁵.

- *La prescripción del delito fundada en la imposibilidad de alcanzar los fines de prevención especial. Teoría de la enmienda presunta y teoría de la expiación moral.*

Hay que comenzar advirtiendo, como hace la mayor parte de la doctrina, que los fines de prevención especial no pueden considerarse el único fin de la pena, pues ello conduciría a resultados insoportables para el sentimiento de Justicia de la comunidad. De un lado, propiciaría la impunidad del delincuente completamente excepcional, como pudiera ser el homicida pasional, respecto del cual puede asegurarse su intachabilidad en el futuro. Y de otro, aconsejaría la extensión ilimitada de la sanción penal para quien revele una inevitable tendencia criminal, aunque ésta se manifieste en infracciones de escasa importancia⁷⁹⁶.

No obstante, la posibilidad de que los delitos prescriban también se ha justificado, tradicionalmente, por la imposibilidad de que la pena tardía logre los fines de prevención especial a que está llamada. Se entiende que cuando ha transcurrido un periodo de tiempo más o menos largo entre la comisión del delito y la imposición de la pena, ésta pierde su eficacia, al no causar ya el mismo impacto en el reo, cuya personalidad quizás haya cambiado y, en definitiva, se trataría de una pena que carece de razón de ser, siendo por tanto injusta.

795 FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 69-70.

796 Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 28.

Como explica ROXIN, “la teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición y porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación, sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones”. ROXIN, CLAUS: «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976, págs. 11-36 (17).

En el mismo sentido, MIR PUIG afirma que “la prevención especial no puede, por sí sola, justificar el recurso a la pena: en algunos casos la pena no será necesaria para la prevención especial, en otros no será posible, y finalmente en ocasiones no será lícita, y sin embargo sería absurda la impunidad del sujeto”. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 55.

Así, con base en la falta de necesidad de prevención especial, la prescripción del delito se ha tratado de explicar mediante teorías que se fundarían en definitiva, según la nomenclatura actual, en la imposibilidad de que la pena cumpla ya con el fin de prevención especial a que viene llamada, tales como la denominada teoría de la enmienda presunta del delincuente y la teoría de la expiación moral o indirecta.

La teoría de la enmienda presunta del delincuente viene a sostener que, con el paso del tiempo, se produce una variación en la identidad del sujeto, de modo que si se castiga un delito cometido mucho tiempo atrás, se está castigando a una persona distinta. JIMÉNEZ DE ASÚA refiere cómo PLATÓN hablaba ya de un fin preventivo de la pena, si bien lo hacía por cuenta de los sofistas, pues él mismo se adscribía a la teoría de la retribución. Sin embargo, no le atribuye sólo una finalidad utilitaria, sino que en su doctrina pueden hallarse antecedentes de la enmienda⁷⁹⁷, de ahí que, como explica JIMÉNEZ DE ASÚA, “los utilitaristas citan con más orgullo a ARISTÓTELES, que en su *Ética*, mira la pena como una medicina en virtud de contrarios: el mal del delito y el temor del mal de la pena; y por ser los hombres más obedientes a la necesidad que a la razón, la pena es un acto de necesidad, que sólo es bueno en cuanto es necesario, aunque sería mejor para todos que no hubiera necesidad de ella”⁷⁹⁸.

VON LISZT señala que cuando en 1656 la Baja Austria admitió la prescripción como una institución nueva, tomada del Derecho bárbaro, en su fundamento estaba contenida “la enmienda presunta del delincuente, motivo por el cual no debía haberse

797 En el Libro IX de *Las Leyes*, decía PLATÓN por boca del Ateniense: “cuando alguien cometa un delito, grande o pequeño, la ley le enseñará y obligará, además de pagar el daño, a no aventurarse de nuevo a hacer voluntariamente tal cosa o al menos con mucha menos frecuencia. Si con los hechos o palabras, placeres o dolores, con honores o escarnios, con multas o regalos, en fin, por el medio que sea, se consigue que odie la injusticia y que ame o, por lo menos, que no odie la naturaleza de lo justo, esa será la acción de las más hermosas leyes. Pero si el legislador percibe que tal individuo es incurable, ¿qué pena y qué ley le impondrá? Como sabe que a toda esa gente no le va a resultar más saludable seguir viviendo y que si pusiera fin a su vida los demás saldrían ganando el doble, ya porque sirvan de ejemplo para que aquellos no cometan delitos, ya porque aíslan a la ciudad de gentes indeseables, por eso al legislador no le queda más remedio que decretar la muerte como castigo a tales faltas siendo imposible cualquier otra solución”. PLATÓN: *Las Leyes*, Edición de José Manuel Ramos Bolaños, Akal Clásica, Torrejón de Ardoz, Madrid, 1988, págs. 391-392.

798 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 46-47. No obstante, como señala también JIMÉNEZ DE ASÚA, con cita de FAUSTO COSTA, puede considerarse exagerado hacer de las ideas de PLATÓN un antecedente del correccionalismo, pues “es natural que el filósofo de la Academia Ateniense no pudiera plantearse los problemas fundamentales del derecho de penar en los mismos términos en que solemos plantearlos en nuestro tiempo”. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 57.

fugado del país, no cometido nuevo delito, ni haber gozado del provecho que pudiera haberle reportado la infracción. En los delitos de mayor gravedad la prescripción no era admitida”⁷⁹⁹.

Sin embargo, tales requisitos no se exigen en nuestra legislación, que únicamente requiere, para que la prescripción del delito se produzca, el mero transcurso del tiempo, unido a la inactividad procesal. Por eso, como señala PEDREIRA GONZÁLEZ, contra la teoría de la enmienda se alega que el cambio de identidad de la persona del delincuente –lo que por otro lado no deja de ser una mera presunción– no sólo no explica la institución de la prescripción en nuestro ordenamiento, sino que además resulta notoriamente perturbadora, constituyendo un elemento de distorsión del sistema, pues si se concede relevancia jurídica al posible cambio en la personalidad de los sujetos, elevándolo a categoría de presunción “*iuris et de iure*”, por la misma razón los condenados deberían quedar exentos de pena, pues tal cambio en la personalidad operará tanto en los condenados como en los no condenados. Por otro lado, la aceptación de este criterio en otros ámbitos del ordenamiento, como puede ser el de las obligaciones y contratos, conllevaría efectos nefastos⁸⁰⁰.

No obstante, en tiempos pasados, ha destacado en España la corriente de los llamados correccionalistas⁸⁰¹, para los que el único argumento razonable que justificaría la existencia de la prescripción sería la enmienda presunta del criminal, que haría

799 VON LISZT, FRANZ: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 406; LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 12.

800 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 134.

801 Dentro de la corriente correccionalista española sobresalen, junto a SILVELA, también GINER DE LOS RÍOS, CONCEPCIÓN ARENAL y sobre todo DORADO MONTERO con su Derecho protector de los criminales. Decía este último que la transformación radical que se avecinaba en las concepciones penales y, tras ellas, en la vida social, consistía en el abandono total de la punición de los delincuentes y en no emplear en ningún caso con ellos sino medidas de protección tutelar. La pena era para DORADO un medio para la existencia social, pero no de modo permanente sino tan sólo en las condiciones actuales de nuestra vida, pro una vez que los hombres sepan sustituir las penas por resortes más económicos, suaves, inteligentes y eficaces para el objetivo que con ellas se persigue, las mismas desaparecerán por inútiles e irracionales. Si bien este pensamiento puede calificarse como utópico, como afirma FALCÓN Y TELLA, ello no debe servir para descalificarlo, pues nadie puede discernir con exactitud lo realizable de lo irrealizable y la realidad social se encuentra en continua evolución. Aunque podemos añadir que hasta el momento, lo cierto es que las teorías de DORADO MONTERO no han calado en la legislación ni en la práctica judicial. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 196 y ss.

innecesario recurrir ya a la pena, aunque tales ideas no hayan llegado a plasmarse en la regulación positiva de la institución. El correccionalismo había aparecido en Alemania en la primera mitad del siglo XIX, encontrando su presupuesto filosófico inmediato en la construcción de KRAUSE, y fue introducido en el ámbito penal por KARL ROEDER. En España, sin embargo, el pensamiento de los denominados correccionalistas fue ecléctico, pues en principio admitieron la orientación de ROEDER, pero a diferencia de éste –que sólo admitía la enmienda del delincuente– los españoles, al desarrollar sus posturas, continuaron con la tradición española de los varios fines de la pena⁸⁰². Así, para SILVELA, la prescripción del delito era una “causa de extinción de las acciones que nacen del delito”, signo de corrección espontánea del delincuente, apreciable por “haber observado el reo una conducta intachable por un espacio de tiempo bastante largo para que pueda pensarse que ha adquirido el hábito o la virtud de la justicia, y que no es obra sólo de la hipocresía”⁸⁰³.

Pero en cualquier caso, como puede comprobarse, las direcciones doctrinales expuestas plantean tales objeciones a la prescripción del delito que bien puede afirmarse que, más que defensoras de esta institución, podrían serlo de la imprescriptibilidad o, cuanto menos, de una prescripción muy limitada.

En relación con el correccionalismo, cabe mencionar también la teoría de la expiación moral o indirecta, que sostiene que el temor al castigo, la angustia de ser apresado e incluso los remordimientos sufridos por el delincuente durante el plazo de prescripción del delito, resultan ya castigo suficiente, por lo que la imposición de la pena sería tanto como castigarlo dos veces por los mismos hechos. Naturalmente, la principal crítica que merece esta teoría, más allá de estar fundadas en criterios subjetivos no constatables, es que olvida que la finalidad de la pena no es meramente aflictiva y que, la aplicación de estas doctrinas equivale a la impunidad.

Pero pese a que cada una de estas teorías aporta justificaciones válidas, todas ellas responden a una visión parcial del problema del crimen, y difícilmente pueden ser aplicadas a los delitos de terrorismo.

802 Cfr. ANTÓN ONECA, JOSÉ: «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, Tomo II, pág. 1024.

803 SILVELA, LUIS: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, págs. 355 y ss.

En primer lugar, del mismo modo que las razones de prevención especial no pueden justificar por sí sola la imposición de una pena, tampoco la falta de necesidad de prevención especial puede en nuestro Derecho justificar por sí sola la institución de la prescripción del delito. De ser así, por ejemplo, la comisión de un nuevo delito debería ser causa de interrupción de la prescripción, lo cual no está previsto en nuestra legislación. En este sentido, GONZÁLEZ TAPIA observa que el legislador, a la hora de regular la prescripción del delito, no ha tomado en cuenta, en verdad, la persona del autor. Lo que se extingue es la responsabilidad derivada del hecho, su punibilidad concreta o capacidad para que la infracción resulte efectivamente penada; o la pena impuesta, definitivamente ejecutada. La prescripción de la responsabilidad por el hecho delictivo implica la de quienes lo hayan cometido o participado en su comisión, con independencia de la peligrosidad criminal que presente cada uno de ellos. La prescripción, por tanto, opera con parámetros autónomos respecto de la necesidad de pena del autor⁸⁰⁴.

También PEDREIRA GONZÁLEZ observa que “la realidad es que en nuestro Derecho, por mucho que se quiera forzar la interpretación, no es posible fundamentar esta institución (la prescripción) en la ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, pues ello exige afirmar que los delincuentes dejan de delinquir y se resocializan con el mero transcurso del tiempo, y ello no es así”. Para este autor, la afirmación de que por el transcurso del tiempo la pena pierde su eficacia preventivo especial no deja de constituir una presunción más o menos arbitraria, pues el paso del tiempo y la resocialización no son dos cuestiones tan estrechamente vinculadas, que permitan extraer ese tipo de reglas generales. A esto hay que añadir que en nuestro Derecho, el delito puede prescribir aunque la pena siga siendo necesaria desde el punto de vista preventivo especial y además que la vinculación entre los fines de la pena y la función de tutela de bienes jurídicos hace que el hecho de que el delincuente perciba la pena como más o menos justa o que con ella pueda o no alcanzar la resocialización, no es motivo suficiente para que el Estado deje de imponerla con carácter general. Finalmente, el art. 25.2 CE constituiría un apoyo muy limitado a en orden a la fundamentación de la prescripción del delito, pues una cosa es que las penas y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social y otra

804 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 74.

cosa bien distinta es que el Estado deba dejar de imponerlas cuando no puedan lograr esa reeducación y reinserción. También señala PEDREIRA que en la práctica son escasos los delincuentes que asumen su condena como justa, mostrando para ello gran capacidad de auto justificación o “heteroinculpación”⁸⁰⁵. Esta circunstancia se agrava aún más cuando se trata de delincuentes que actúan por convicción, en su mayoría fanáticos, como sucede con los terroristas, según se ha expuesto. Tratándose de delitos de terrorismo es incluso más habitual la auto justificación de sus acciones, pues se trata de delincuentes que actúan por convicción, que quizás no sienten agrado por cometer el concreto crimen, pero lo conciben como necesario. Asimismo, como explica REINARES, conductas como el asesinato pueden llegar a convertirse en un imperativo moral para el terrorista. Además, “el hecho de haber interiorizado la utilidad de la violencia, mostrando además conformidad con su práctica en contra de quienes sean etiquetados como adversarios o enemigos que obstaculizan el logro de aquellos objetivos políticos, facilita que se activen los mecanismos psicosociales a través de los cuales se despoee de su humanidad a las posibles víctimas del terrorismo”⁸⁰⁶. De este modo, la auto justificación de los crímenes cometidos es especialmente apreciable en los miembros de ETA y puesta de manifiesto tanto en el momento de su detención como en sede judicial, donde es habitual que, reconociendo ser militantes de la organización terrorista, se nieguen a contestar a las preguntas del Tribunal alegando que éste carece de legitimidad para juzgarles⁸⁰⁷.

805 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 132-134.

En este sentido, es aclaratoria la distinción que hace FALCÓN Y TELLA entre “fines” de la pena (qué persigue) y “funciones” de la pena (cómo lo hace o debería hacerlo). Como fin, la pena persigue la evitación de ciertos comportamientos humanos para la protección de ciertos bienes jurídicos. En cuanto al interrogante de “cómo” lo hace o debería hacerlo, la respuesta es que las funciones de la pena son la prevención general y la especial, en sus versiones positiva y negativa. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 232.

806 REINARES NESTARES, FERNANDO: *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001, pág. 96.

807 A modo de ejemplo, pueden consultarse las siguientes noticias, todas ellas incluidas en la base de datos electrónica aranzadigital.es: «Tres etarras niegan la legitimidad del tribunal que les juzga por un atentado en Madrid y dicen que no podrá condenarles» (29/07/2008) (MIX 2008, 11714); «'Txeroki' desobedece al tribunal en su primer juicio: “No voy a participar en este espectáculo”» (23/06/2011) (MIX 2011, 909855); «Idoia Mendizábal reconoce ante la AN que es militante de ETA y dice que si alguien la tiene que juzgar es su pueblo» (01/10/2010) (MIX 2010, 31869).

No obstante lo anterior, no debe desconocerse que la falta de necesidad de prevención especial es un argumento poderoso para defender lo valioso de la prescripción de los delitos siempre y cuando éstos presenten determinadas características ajenas a los delitos de terrorismo. Se trataría de delitos de los denominados “de riesgo”, o que hayan ocasionado un daño pero de escasa entidad, ya reparado, cuando no pueda racionalmente esperarse que el autor vaya a cometer más delitos, por lo excepcional de la circunstancia en que se cometió o quizás por haber cambiado sus circunstancias vitales, de modo que no presente ya una especial peligrosidad criminal. Aunque también tiene razón RAGUÉS I VALLÉS cuando afirma que si bien es cierto que “en algunos casos el paso de los años puede haber eliminado en un sujeto toda peligrosidad delictiva, también lo es que en otros sólo habrá servido para acrecentar tal peligrosidad”⁸⁰⁸.

Por eso, el argumento de la falta de necesidad de prevención especial no puede justificar la prescripción del delito cuando sus autores sean integrantes de organizaciones o grupos criminales o terroristas. Respecto de estos últimos, la convicción política con la que actúan no permite considerar que por el mero transcurso del tiempo van a dejar de ser peligrosos, máxime cuando atentados anteriores han quedado impunes. Por otro lado, como se expuso en el apartado correspondiente, el elemento estructural característico de las organizaciones o grupos terroristas es indicativo de una mayor peligrosidad: los delitos de terrorismo no constituyen actos aislados sino ordenados a una finalidad política y por ello tienen la vocación de reiterarse mientras tal finalidad no se consiga, para lo cual se adopta una estructura organizada.

4.2.2.3. La dirección moderna de von Liszt: la orientación de la pena a un fin

La clasificación tripartida de los delincuentes que antes se citó -y dentro de la cual, a la vista nuestra legislación positiva, puede decirse que los terroristas son considerados “incurables” respecto de los que procede esencialmente la inocuización (art. 573bis 1.1ª CP en relación con art. 36 CP y 92 CP)- no es la única aportación de VON LISZT a la ciencia penal que puede resultar de mayor interés para nuestro trabajo.

808 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 35.

Interesa también su concepción de la pena orientada a un fin, con la que puede considerarse zanjado el debate acerca de si la pena ha de obedecer a fines retributivos, mirando al pasado o debe buscar una finalidad proyectándose hacia el futuro.

En relación con las teorías absolutas y las teorías relativas de la pena, la teoría de VON LISZT puede encuadrarse en una tercera categoría, que podemos denominar mixta o más bien unitaria⁸⁰⁹ y que, con fundamentos que ya se encontraban en ARISTÓTELES y en SANTO TOMÁS, trata de hermanar los puntos de vista de las teorías absolutas y las teorías relativas, pero no simplemente sumando ideas contradictorias sino, como apunta JESCHECK, “mediante la reflexión práctica de que la pena, en la realidad de su aplicación, puede desarrollar la totalidad de sus funciones”⁸¹⁰, asociando la justicia absoluta y el bien socialmente útil, pretendiendo –si quiere seguirse la terminología clásica– que se castigue *quia peccatum est* y *ut nec peccetur*, y conciliando así el precepto de la

809 OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ explican que las teorías mixtas surgen para evitar las dificultades derivadas de considerar aisladamente cada uno de los fines de la pena. Este problema se conoce como *antinomia de los fines de la pena*, y se presenta sobre todo en el momento de medir o cuantificar la sanción. Cada uno de los fines de la pena puede implicar consecuencias contradictorias a la hora de imponer una pena: por ejemplo, si se trata de un delito que causa gran alarma social, la prevención general puede reclamar una pena superior a la que se deriva de la culpabilidad del sujeto, mientras que si se trata de un delincuente que no precisa ser corregido –por encontrarse ya socializado– la prevención especial puede demandar una pena inferior a la proporcionada al delito o incluso la ausencia de sanción. Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, págs. 28-29.

810 JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Cuarta Edición, Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 66.

Cabe citar la teoría de la diferenciación (enunciada, entre otros, por SCHMIDHÄUSER), que asigna a la pena fines diversos según el momento en que opera sin que, sin embargo, deban desdeñarse los demás en cada una de las etapas:

- a) En la fase legislativa, esto es, a la hora de definir los delitos y establecer las penas correspondientes, el fin primordial es la prevención general, pues se pretende proteger los bienes jurídicos más fundamentales y dirigir a los ciudadanos en el sentido de la norma.
- b) En el momento de la decisión judicial de imposición de la pena debe tenerse en cuenta el fin retributivo, ya que la medida de la sanción debe depender del injusto culpable.
- c) En la fase de ejecución de la pena debe atenderse principalmente a la prevención especial, puesto que se intenta lograr que el sujeto se incorpore a la sociedad en condiciones tales que le permitan cumplir con las exigencias jurídicas.

Cfr. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005, pág. 29.

retribución y el fin utilitario⁸¹¹. Cabe mencionar que en sentido similar se pronunció el correccionalismo en España y la Escuela positiva en Italia.

En su obra *La idea del fin en el Derecho*, conocida como *Programa de la Universidad de Marburgo*, VON LISZT parte de la idea de que la pena primitiva carecería de un fin. Consistiría, por el contrario, en una acción instintiva, una respuesta ciega e independiente de toda organización que se afirme en la comunidad moral de los hombres. La pena sería, por tanto, el “resultado de la tendencia de autoafirmación individual, de preservación del individuo (y por tanto tal vez en último término de conservación de la especie) que reacciona contra las perturbaciones de sus condiciones de vida que proceden del exterior, con acciones de repulsa contra el origen de esa perturbación”⁸¹². La pena no es, por tanto, un invento del genio humano y un resultado de un cálculo aritmético del Estado, tal y como los partidarios de las teorías relativas admiten de forma unánime, pues es un producto de la historia del género

811 La finalidad predominante dependerá del punto de vista del autor, destacando JIMÉNEZ DE ASÚA, como máximo exponente de esta corriente, la figura del español DORADO MONTERO que “en vez de apresurarse a evitar que el Derecho punitivo se derrumbe y buscar nuevas fórmulas para mantenerle en pie, lo deja desplomarse, y en el viejo solar, limpio de los escombros del prejuicio, edifica el *Derecho protector de los criminales*, que es negatorio del multisecular *ius puniendi* en cuanto éste es, en su estricto sentido, el derecho de imponer castigos; pero que no puede incluirse en la antítesis anarquista porque proclama el derecho del Estado a intervenir en el tratamiento de los violadores de la norma”. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 26-28.

Existen, no obstante, quienes afirman que nunca se podrá encontrar un punto de confluencia entre las teorías que defienden el castigo *quia peccatum est* y las que sostienen que debe castigarse *ut nec peccetur*. Así MESSUTI, que afirma que “el hecho de que unas miren al pasado y otras al futuro no sólo les da una perspectiva temporal distinta sino que las coloca en dos planos cuyo punto de unión nunca se podrá encontrar: el plano simbólico y el plano práctico”. MESSUTI, ANA: «Reflexiones sobre el pensamiento penal», en *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 135.

812 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 51-52.

Para BENTHAM, “el poder de castigar se ejerce en estado salvaje o de la naturaleza por cada individuo según el grado de resentimiento o fuerza personal”. BENTHAM, JEREMY: *Teoría de las penas y de las recompensas*, Tomo I, Barcelona, 1838, pág. 12.

En sentido similar, explicaba JELLINEK que “todo el derecho de un pueblo no es en su origen más que un ejercicio fáctico. El ejercicio continuado crea la idea de la normalidad del ejercicio, y aparece de esta manera la norma misma como mandato autoritario de la comunidad, es decir, como norma jurídica”. JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edición, Darmstadt, 1959, pág. 329, en cita de GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

humano, independiente por ser anterior incluso de la Ética, que es un producto de la historia del género humano. En cambio, la pena está ahí antes de que la historia se haya formado⁸¹³. La separación de la pena primitiva y la Ética sirve a VON LISZT para liberar a la ciencia del Derecho penal del peligro de resultar comprometida en la controversia no resuelta sobre la fundamentación de la ética, además de dispensarla de la obligación constante de demostrar cada día de nuevo cuál es el título jurídico que fundamenta su existencia. VON LISZT niega el principio metafísico de la pena, en el que se asientan las teorías absolutas, al entender que con el instinto de conservación de la especie se ha llegado al límite del conocimiento natural. A partir de ahí, acaba el conocimiento y entraríamos en la metafísica, que el Derecho, como ciencia que aspira al conocimiento, debe rechazar⁸¹⁴.

Al responder a un impulso instintivo, la pena es también previa al concepto de culpabilidad, que requiere de la atribución de un juicio de valor meditado impulso instintivo, e independiente de la idea de fin y anterior a ella en el tiempo. Así entendida, la pena primitiva ni siquiera necesita que las personas convivan organizadas como sociedad. De este modo, afirma VON LISZT que “La pena no tiene su origen en la idea de fin, sino que se ha engendrado independientemente de ella y la ha precedido en la historia de la civilización. Si la pena fuese –lo que nosotros ponemos en cuestión– una creación de la inteligencia humana, sería imposible que en la prehistoria de todos los pueblos se hayan constatado configuraciones de penas similares y con las mismas características, como se subraya convincentemente en la ciencia jurídica comparada, pese a las carencias de los materiales que utiliza y a la inseguridad de sus movimientos. Si fuese una creación de la inteligencia

813 Cfr. VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, pág. 60. Citando a IHERING (*El fin en el Derecho*), dirá luego VON LISZT que la experiencia es fuente tanto del Derecho como de la Moral; pero la pena primitiva aparece antes que la experiencia, con lo cual no sólo con anterioridad a la Moral, sino también al Derecho (pág. 61).

814 No obstante, como el propio autor afirma, su concepción de la pena no impide acudir a la metafísica, pues la interpretación de la realidad no afecta a la existencia de ésta, que es lo único que importa a VON LISZT.

humana, ¿cómo podríamos explicar los fenómenos del mundo animal análogos a la pena primitiva, que sólo se diferencian de ella desde el punto de vista cuantitativo? Sin embargo, la pena primitiva es una reacción instintiva, una reacción no determinada por la representación del fin dirigida contra perturbaciones de las condiciones de vida de los individuos y de grupos de individuos, y por tanto, contra acciones que podemos designar, de una forma tan resumida como imprecisa, delitos. Pues precisamente por eso, la pena es consecuencia necesaria del delito. Tan sólo esta conclusión separa ya fundamental y definitivamente mi opinión de las teorías relativas”.

No obstante, VON LISZT advierte que “La pena primitiva entendida de forma mediata como el resultado del instinto de conservación de la especie tuvo que comportar un carácter social desde el principio, y aparecer por ello como una reacción social contra perturbaciones sociales. Así como el *bellum omnium contra omnes* como estado primitivo de la humanidad no ha existido sino en la especulación ahistórica, tampoco ha tenido lugar en la historia de la humanidad una venganza privada desprovista de todo elemento social”⁸¹⁵.

VON LISZT, en su obra, puso asimismo de manifiesto el absurdo y toda la futilidad que contiene la contraposición entre el *quia peccatum est* y el *ne peccetur*, lo que “no es sólo válido para el principio de la pena, sino también en relación tanto al *concepto de ilicitud penal* como al *contenido y extensión de la pena*. (...) El delincuente tiene que ser retribuido conforme a su valor para el orden jurídico. Su valor jurídico se encuentra en el desplazamiento del equilibrio de fuerzas determinantes en la vida del Estado que tiene lugar cuando se produce una conmoción del orden jurídico. La retribución se apoya, según ello, en el restablecimiento del equilibrio, en la seguridad del orden jurídico. *La pena de protección es la pena como retribución*. Desde mi punto de vista, ésta es también la

815 De este modo, la primera forma de la pena primitiva, la venganza de sangre, no es una venganza privada, sino una venganza de familia o de estirpe, enraizada en las formas primitivas de socialización. De ahí las penas habrían evolucionado a una segunda forma consistente en la expulsión de la comunidad, “la pérdida de la paz”, quedando el ofensor expuesto como una presa a merced de los lobos (*gerit caput lupinum*) y en un tercer estadio se llegaría a la pena estatal.

idea fundamental de todas las teorías absolutas y de todas las especulaciones metafísicas sobre la razón de ser de la pena”. En otro pasaje de su *Programa*, VON LISZT afirmará que “La pena de protección es, por consiguiente, la pena de retribución comprendida de forma correcta. La contraposición entre el *quie* y el *ne* no es más que una quimera. En una expresión más amplia, podría decirse que represión y prevención no son principios opuestos. ¿Nado porque he caído al agua o porque nado no me ahogo? ¿Tomo un medicamento porque estoy enfermo o porque lo tomo me curo? ¿Apuntalo la casa porque amenaza ruina o porque la apuntalo no se derrumba? Todas estas preguntas son equivalentes a las que desde hace milenios constituyen objeto de controversia de las distintas teorías que han filosofado sobre el Derecho”. En definitiva, la pena para VON LISZT es “prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión por medio de prevención”. Represión y prevención se complementan, “no son dos principios opuestos”⁸¹⁶, con lo que concluye que “la pena es prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión, por medio de prevención”. De este modo, el planteamiento tradicional de la cuestión resulta absurdo. VON LISZT afirma por ello que “el antagonismo entre las teorías absolutas y relativas de la pena ha quedado resuelto”⁸¹⁷. Y así, se tiene que la pena institucionalizada, a diferencia de la primitiva, que carecía de finalidad, aunque siga siendo retributiva se orienta a un fin, de modo que para VON LISZT, la *pena-defensa (o sea, la pena orientada según fines preventivos)* es la pena retributiva entendida correctamente⁸¹⁸.

816 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 92-93.

817 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, pág. 68.

818 VON LISZT, FRANZ: *La teoría dello scopo nel Diritto penale*, Milán, 1962, pág. 4, en cita de COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 616.

Para MAURACH (*Tratado*, I, pág. 80), la ausencia de fines utilitarios en la pena “despliega efectos social-psicológicos de una extensión y trascendencia superiores a los de los efectos propios de los fines de prevención, lo cual “concuera con las exigencias de la intimidación”. MIR PUIG, SANTIAGO:

Las ideas de VON LISZT ponen de manifiesto la imposibilidad de separar tajantemente las distintas funciones que la pena puede cumplir. De ahí que, aplicadas al objeto de nuestro trabajo, no pueda defenderse la prescripción o la imprescriptibilidad de los delitos de modo absoluto al amparo de alguna de estos fines de la pena con exclusión de los demás, pues en definitiva la pena es un fenómeno complejo que sólo puede comprenderse teniendo en cuenta todos sus aspectos.

De este modo, la imposición de una pena tardía, cuando ésta ya no puede cumplir finalidades preventivas, estaría fundada sólo en la retribución, y al carecer de los fines de prevención general y especial, sería una pena injusta. Pero también, si sólo se consideran las razones de prevención general o especial, en muchos casos, transcurrido un periodo de tiempo razonable, no habría motivo para imponer ya la pena. Tales consideraciones obligarían además a tener en cuenta, en cada caso, tanto las circunstancias personales del reo tanto en el momento en que cometió el concreto delito como en el momento de la imposición de la pena. Y sin embargo, para todo ello, se carece de criterios objetivos que aseguren la igualdad en la aplicación de la ley, por lo que tal forma de operar iría en contra de otro principio fundamental sobre el que también se ha pretendido fundar la prescripción y que pasamos a estudiar: la seguridad jurídica.

4.3. La prescripción del delito fundada en la necesidad de seguridad jurídica

4.3.1. La noción de seguridad jurídica y la prescripción del delito

Junto con la necesidad de que el Derecho sea o al menos pueda ser conocido por todos, de modo que se sepa qué es lo prohibido y qué lo permitido –de lo cual deriva la necesidad de publicación de la ley como requisito necesario de su validez–, se hace necesario además que las leyes estén claramente redactadas, en definitiva, que el Derecho sea “cierto”. En este sentido, LATORRE explica que “Modernamente, con el auge del Estado liberal en el siglo XIX, (la seguridad jurídica) se convirtió en un tema central de las preocupaciones, no sólo de los juristas, sino también de la vida y del pensamiento políticos, hasta el punto de que la expresión seguridad jurídica se usa con frecuencia sólo con relación a este problema. Una de las principales funciones del

Derecho penal, Parte General, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 80.

Derecho, en esa concepción, es precisamente servir de límite al poder del Estado y controlar su ejercicio”⁸¹⁹.

Tradicionalmente, la doctrina jurídica ha considerado a la seguridad jurídica como uno de los principales fundamentos de la prescripción, al que parecía referirse QUINTANO tiempo antes de que este concepto fuese elevado a la categoría de principio constitucionalmente garantizado, “por el definitivo argumento de que hay que poner un término a todas las cosas”⁸²⁰. Por su parte, GONZÁLEZ TAPIA estima que “desde el momento en que la prescripción se sustenta sobre la eficacia destructora del tiempo y ésta es una verdad irrefutable, son múltiples los aspectos vinculados al delito sobre los cuales puede apreciarse dicha influencia. Las pruebas desaparecen, la Justicia tardía ya no es Justicia, el sentido del castigo se desdibuja y, cómo no, parece indispensable poner un término a la posibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado”⁸²¹.

Fundamentando la existencia de la prescripción del delito en la seguridad jurídica, se suele afirmar que la institución tiene por finalidad estabilizar situaciones de hecho consumadas por el tiempo, evitando la perturbación del orden que supondría la imposición de una pena intempestiva cuando, por el transcurso del tiempo, el delito ha sido asumido por la comunidad, que lo considera ya un hecho histórico, pero no algo frente a lo que deba reaccionarse en la actualidad⁸²².

819 LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 42 y ss.

820 Aunque advertía también este autor acerca de la necesidad de fijar condiciones tendentes a evitar que la prescripción se convierta en una prima otorgada al criminal hábil. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 444.

821 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 46.

Recuerdan estas palabras a las de PRINS: “la sociedad después de un cierto tiempo de inactividad queda desarmada pues la instrucción de un delito, para ser seria y eficaz debe ser realizada después de la perpetración del acto; cuando el tiempo pasa, las pruebas se disipan, la memoria de los testigos falla, los recuerdos de la infracción se borran, y al mismo tiempo que la utilidad de la persecución disminuye, los riesgos de error judicial aumentan”. PRINS, ADOLPHE: *Science pénale et Droit positif*. Bruxelles-Paris, 1899, págs. 560-561. Citado en MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (274).

822 En este sentido, GONZÁLEZ TAPIA cita el ejemplo de cómo “la violación y asesinato de las niñas de Alcácer supuso en su día una verdadera conmoción en nuestra sociedad, estando aún hoy en día el principal sospechoso en libertad (o muerto) sin que ni siquiera se hayan podido esclarecer suficientemente las circunstancias del hecho o de su propia huida de la justicia. Sin embargo, la alarma social por este delito ha desaparecido. Dentro de veinte o treinta años, si se localizara al autor, podríamos

Sin embargo, que el delito y sus consecuencias haya sido asumido o no por la comunidad no deja de ser una presunción difícilmente constatable. Asimismo, no debería perderse de vista que el orden constituido tras la comisión del delito impune - sobre todo si se trata de delitos graves y de gran repercusión social, como los de terrorismo- es un orden determinado por un hecho ilícito y por tanto, en cuanto su configuración dependa de tal hecho, no será digno de protección. Por otro lado, no asumirá del mismo modo el delito la persona directamente ofendida y sus allegados, para los que naturalmente será más difícil el olvido que para los restantes miembros de la comunidad. Y finalmente, no cabe descartar que en ocasiones tal asunción del estado de cosas se deba simplemente a la aceptación resignada del mal funcionamiento de la Justicia, por lo general carente de medios.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay que señalar que en la actualidad, la principal referencia a la seguridad jurídica aparece recogida en el propio texto constitucional. De ahí que, tras la aprobación de la Constitución de 1978, el valor de la seguridad jurídica haya sido empleado más profusamente para justificar la existencia de la prescripción del delito.

4.3.2. La seguridad jurídica como fundamento de la prescripción del delito tras la Constitución de 1978

La aprobación de la Constitución de 1978 (norma suprema del ordenamiento jurídico) trajo consigo la inclusión en la totalidad del ordenamiento español de un amplio elenco de garantías y derechos, así como de unos principios inspiradores que han llevado a la derogación o modificación de infinidad de normas, o cuanto menos, a una nueva lectura de las mismas en clave constitucional. Como observa MIR PUIG, no sólo el legislador, sino también la jurisprudencia (especialmente, como es su misión, la

discutir sobre si es necesaria o no la pena, pero, desde luego, se trataría siempre de una cuestión de Justicia (retributiva); no de una necesidad preventiva. Este terrible suceso sería visto irremediabilmente como un desgraciado acontecimiento histórico". Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 79.

del Tribunal Constitucional) y la doctrina se han esforzado desde entonces en adaptar el Derecho Penal a las exigencias de la Constitución⁸²³.

Por eso, ha sido tras la aprobación de la Constitución de 1978 cuando el argumento de la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción del delito ha adquirido un mayor peso (fundamentalmente entre quienes defienden la concepción procesalista de la institución)⁸²⁴, al proclamarse en el Texto constitucional que España se constituye en un Estado de derecho (art. 1) que garantiza, entre otros principios, la seguridad jurídica (art. 9.3).

No obstante, es necesario apuntar que la mayoría de los valores que la Constitución garantiza –como ocurre con la seguridad jurídica–, no son realmente novedosos, y por eso habían sido ya tratados por los autores anteriores, siquiera indirectamente, aunque la garantía institucionalizada de su cumplimiento sí resultó ser una novedad⁸²⁵.

Con la Constitución de 1978, la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción se ha puesto también en relación con el elenco de derechos consagrados en el art. 24 CE, como son el derecho a un proceso justo sin dilaciones indebidas y con

823 MIR PUIG, SANTIAGO: «Constitución, Derecho Penal y Globalización», en *Nuevas Tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, dirigido por SANTIAGO MIR PUIG y MIRENTXU CORDOY BIDASOLO, Coord. VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, Editorial Reus, Madrid 2006. También publicado en Argentina y Uruguay, pág. 115.

824 A modo de ejemplo, puede señalarse la postura de BANACLOCHE PALAO, quien manteniendo una concepción procesalista de la prescripción penal, defiende que la misma se sustenta, en gran parte, en la dificultad para la práctica de las pruebas derivada del transcurso del tiempo. BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320 (287).

No obstante, también algún autor que defiende la tesis materialista acude a la noción de seguridad jurídica como fundamento de la institución. Así, para MUÑOZ CONDE, la prescripción es una “causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Su fundamento radica, pues, más en razones de seguridad jurídica que en consideraciones de estricta Justicia material”. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO - GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal, Parte General*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 420.

825 Como observa REY GONZÁLEZ, “el avance de nuestro derecho constitucional –prohibición de la indefensión, presunción de inocencia, derecho a la seguridad jurídica y derecho a un juicio justo sin dilaciones indebidas– ha proporcionado unos fundamentos que podemos llamar «nuevos», aunque en parte ya estuvieran en la mente del legislador anterior, que no pudo llegar a plasmarlos como derechos fundamentales”. REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 53.

todas las garantías, así como con el derecho de defensa, por entenderse que con el transcurso del tiempo se dificulta el desarrollo del juicio⁸²⁶.

La seguridad jurídica trata, en definitiva, de eliminar la incertidumbre en las relaciones jurídicas. En el caso concreto de la prescripción –como pone de manifiesto COBO DEL ROSAL– la relación jurídica es la existente entre el delincuente y el Estado, de manera que éste último rechaza ejercer el poder punitivo que le corresponde, en aras a la seguridad jurídica, por el transcurso del tiempo o porque ha perdido el interés⁸²⁷.

De este modo, la necesidad de seguridad jurídica ha pretendido –aunque sin conseguirlo– desplazar a la de la falta de necesidad de pena como fundamento de la

826 En este sentido, BANACLOCHE PALAO estima que la opción del legislador dirigida a no perseguir los ilícitos penales cometidos tiempo atrás “representa un claro ataque a la justicia material, porque se deja de juzgar un delito o falta; pero la injusticia que así se produce se considera siempre menor a la que podría resultar de la celebración de un proceso que no goza ni siquiera a priori de las condiciones idóneas que permiten garantizar su adecuado desarrollo”. BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», Revista de derecho procesal, ISSN 0213-1137, Nº 2, 1997, págs. 281-320 (287).

GONZÁLEZ TAPIA ha criticado, sin embargo, esta tesis claramente procesalista, exponiendo que en su contra pueden oponerse distintas objeciones, como son, que esta postura no es coherente con nuestra regulación positiva, que la propia iniciación y continuación del proceso vienen condicionados, con independencia del tiempo transcurrido, por la existencia de unas condiciones mínimas que garanticen la viabilidad del mismo y que si el cometido último de la prescripción fuera la salvaguarda de las garantías procesales básicas, resultaría absolutamente superflua, desde el momento en que aquéllas, reconocidas constitucionalmente como derechos fundamentales, son de aplicabilidad directa y operan, en consecuencia, de forma absolutamente autónoma. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 49 y ss.

827 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 748; COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 652.

COBO DEL ROSAL no desecha, sin embargo, el argumento de la falta de necesidad de pena como fundamento de la prescripción. En la página 653, estima que “la verdad sea dicha, el fundamento de la prescripción debe verse en que la pena que pudiera conllevar si no existiera, ha perdido todo su sentido y, en consecuencia, el Estado renuncia a su poder represivo por un retardo que considera excesivo, entre el hecho punible cometido y la aplicación de la consecuencia jurídica (pena) que puede conllevar. En el fondo, no es más que expresión de la tan repetida tesis de que una justicia lenta ya no es justicia, y carece su consecuencia, la pena, de los fines que se le han asignado”.

En este sentido, PEDREIRA GONZÁLEZ señala también que el fundamento de la prescripción no se encuentra sino en la exigencia social de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal, que transcurrido un periodo de tiempo, dependiente de la importancia y gravedad del asunto, cese la incertidumbre de las situaciones jurídicas expectantes. En definitiva, la exigencia de certeza y seguridad. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 147 y 148.

prescripción penal. Pero aunque por lo general se dé mayor importancia a la necesidad de pena (o más bien a su falta de necesidad debido al tiempo transcurrido desde la comisión del delito), el argumento de la seguridad jurídica, como observa GONZÁLEZ TAPIA, suele funcionar casi siempre como un argumento complementario⁸²⁸.

Claro que también es cierto que, como señala esta autora, la idea de seguridad jurídica es la única que puede explicar determinados aspectos de la regulación positiva, como el hecho de que subsistan las razones para perseguir el delito o ejecutar la pena un día antes de que se cumpla el plazo de prescripción y desaparecen un día después de que se cumpla⁸²⁹.

Sin embargo, cabe adelantar que tal regulación positiva puede considerarse la manifestación del principio de seguridad jurídica, en el sentido de que resulta necesario garantizar la igualdad en la aplicación de la ley a todos los acusados por el mismo delito. Pero ello no ha de implicar que la prescripción penal se fundamente, como la civil, en tal valor, pues en ese caso habría que admitir que los autores de delitos que pueden prescribir son merecedores de mayor seguridad jurídica que los de delitos imprescriptibles, considerados más graves.

4.3.3. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción del delito

El Tribunal Constitucional no ha dado una concreta definición del principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 CE, pero sí ha expuesto, desde la Sentencia 27/1981, alguno de los elementos que integran dicho principio: la seguridad jurídica “*es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover,*

828 Así, para GONZÁLEZ TAPIA, la prescripción “expresa una renuncia del Estado a ejercer el *ius puniendi* motivada básicamente por el decaimiento de la necesidad preventivo general de la pena y por la exigencia social de seguridad jurídica entendida como necesidad de poner término a todas las cosas, también al ejercicio del *ius puniendi*, cuando éste no se ha ejercitado durante un largo periodo de tiempo”. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 182.

829 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 61.

en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”⁸³⁰. La Sentencia 46/1990, de 15 de marzo se refiere a este principio en estos términos: “La exigencia del (artículo) 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas”⁸³¹.

Sobre la concreta cuestión de la prescripción penal, la nueva lectura de la institución a la luz de la Constitución ha tenido también su reflejo en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, al arrogarse éste facultades para interpretar las disposiciones relativas a la prescripción de delitos por entender que la institución encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales. Y ello a pesar de que, como ha declarado reiteradamente, la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo cual no significa, no obstante, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo, a los únicos efectos de examinar el canon del art. 24.1 CE, es decir, comprobando si existe razonabilidad y ausencia de arbitrariedad o error patente⁸³².

El Tribunal Constitucional ha llegado incluso en ocasiones a contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de las resoluciones judiciales con eficacia interruptora de la prescripción de modo que, en perjuicio de la pretendida seguridad jurídica a la que se dice que obedece la institución, se vino a crear una bochornosa

830 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 27/1981 de 20 de julio (RTC 1981, 27).

831 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 46/1990 de 15 de marzo (RTC 1990, 46).

832 Por todas, Tribunal Constitucional (Pleno) Caso GAL, Sentencia núm. 63/2001 de 17 de marzo (RTC 2001, 63), FJ 7; Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 63/2005 de 14 de marzo (RTC 2005, 63), FJ 2; Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 82/2006 de 13 de marzo (RTC 2006, 82), FJ 10.

situación de inseguridad⁸³³ que ha querido resolver la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal al establecer una nueva regulación de la interrupción de la prescripción que busca satisfacer a unos y otros.

En cualquier caso, el argumento de la seguridad jurídica ha sido empleado por el Tribunal Constitucional para justificar la existencia de la prescripción, recordando que *“La institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el art. 25.2 CE asigna a las penas privativas de libertad. De otra parte, si el fundamento y razón de ser de la prescripción de la responsabilidad criminal es, en definitiva, la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, ningún reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional, a que el ordenamiento, a la vez que establece las conductas punibles, limite temporalmente el ejercicio por el Estado del derecho a castigar. Como ha afirmado este Tribunal -SSTC 7/1983 (RTC 1983, 7), 58/1984 (RTC 1984, 58) y 147/1986 (RTC 1986, 147)-, el hecho de que los derechos fundamentales sean permanentes e imprescriptibles es compatible, sin embargo, con el ejercicio de la correspondiente acción que permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación, esté sujeto a un plazo de prescripción”*⁸³⁴.

833 Las diferencias de interpretación acerca de qué actos procesales tienen la eficacia de interrumpir la prescripción a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 de 14 de marzo (RTC 2005, 63) llegaron a originar un serio conflicto entre éste y el Tribunal Supremo, habiéndose intentado zanjar la cuestión jurídica mediante la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 que dio una nueva redacción al art. 132.2 CP.

834 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre (RTC 1990, 157).

En otras Sentencias, el Tribunal Constitucional ha precisado que “con independencia de los matices a los que pueda conducir la respuesta a la cuestión de los fines de la prescripción, es conveniente hacer constar que existe al respecto un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial de base en torno a que el valor al que sirve es la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito. Así lo subrayábamos en la STC 17/1983. La institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE (FJ 3)”. Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Caso KIO, Sentencia núm. 29/2008 de 20 de febrero (RTC 2008, 29).

La misma doctrina ha sido luego acogida por numerosas Sentencias Tribunal Supremo de la década de 1990⁸³⁵. Expresamente, en la Sentencia de 29 de julio de 1998, conocida como Caso Marey, se afirma que *“La prescripción del delito, como todas las prescripciones que operan en todos los órdenes jurídicos, se halla fundada en razones, no de justicia sino de seguridad jurídica, ante la necesidad de que el paso del tiempo consolide determinadas situaciones de hecho que no pueden permanecer de modo permanente en la incertidumbre”*⁸³⁶. Entre las Sentencias más recientes puede mencionarse, entre otras muchas, la de 13 de mayo de 2014, en la que el Tribunal Supremo incide además en el carácter material de la prescripción del delito, al afirmar que *“el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal de denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción) sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción)”*⁸³⁷.

4.3.4. Algunas concreciones del principio de seguridad jurídica como fundamento de la prescripción de los delitos.

En materia de prescripción de los delitos, la idea genérica de la seguridad jurídica se ha concretado principalmente en dos aspectos: por un lado, la dificultad a la hora de practicar las pruebas en el juicio debido al deterioro o la destrucción de las mismas que el paso del tiempo haya podido conllevar (lo que hace preferible dejar los hechos sin juzgar antes de correr el riesgo de equivocarse) y, por otro lado, la idea del

835 Así en Sentencias de la Sala de lo Penal núm. 137/1995 de 8 de febrero (RJ 1995, 793) y Sentencia núm. 1211/1997 de 7 de octubre (RJ 1997, 7173).

836 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Caso Secuestro GAL, Sentencia núm. 2/1998 de 29 de julio (RJ 1998, 5855), fundamento jurídico 28º.

837 Sentencia del Tribunal Supremo número 376/2014 de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2723). (Ponente, Excmo. Sr.: D. José Ramón Sanano Soriano) que recuerda, siguiendo lo declarado por el Tribunal Constitucional en sentencias 37/2010 de 19 de julio (RTC 2010, 37), 63/2005 de 14 de marzo (RTC 2005, 63) y 29/2008 de 20 de febrero (RTC 2008, 29). Asimismo, cita las Sentencias del Tribunal Constitucional 63/2005 de 14 de marzo (RTC 2005, 63) y 29/2008 de 20 de febrero.

castigo a la negligencia del Estado, que no ha perseguido el delito en un plazo de tiempo razonable o, habiéndolo hecho, no ha logrado con éxito averiguar sus circunstancias y detener a los responsables. Analizaremos por separado cada uno de estos argumentos.

4.3.4.1. La dificultad probatoria debida al transcurso del tiempo

La denominada *teoría de la prueba* es una justificación clásica de la prescripción del delito⁸³⁸, al ser un hecho comprobado que el transcurso del tiempo conlleva, por lo general, que se destruyan o se haga imposible la práctica de las pruebas en el juicio⁸³⁹.

Según refiere PEDREIRA GONZÁLEZ, es probable que ésta fuera la razón originaria que movió al reconocimiento de la prescripción en la Grecia Clásica, y sería también la causa de que en las escasas manifestaciones de esta institución en el Derecho Germánico se le asignara como fundamento la necesidad de asegurar la tranquilidad del individuo, liberándolo de juicios inciertos⁸⁴⁰.

Las dificultades a la hora de probar los hechos aparecen como determinantes en la justificación de la prescripción según CARRARA, que afirmaba que “interesa el castigo de los culpables, pero interesa también la protección de los inocentes. El largo espacio de tiempo transcurrido después del hecho criminoso que se le quiere imputar a un individuo, hace casi imposible que este infeliz pueda justificar su propia inocencia. Si se le hubiera llamado solícitamente a dar cuenta de sí mismo, habría podido suministrar a la justicia luminosos descargos, respaldándolos con documentos y testimonios. Pero, después de varios años, ni él mismo recuerda qué hizo el día fatídico en que, según se pretende, se convirtió en un ladrón, en homicida o en falsario; los documentos que lo habrían purgado de toda mancha han desaparecido; los testigos han

838 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 47.

839 Esta idea era sostenida por los seguidores del positivismo jurídico como BINDING, KARL: *Handbuch des Strafrechts*, Vol. I, Leipzig, 1885, pág. 823. Por eso se explica, según VERA BARROS (VERA BARROS, *La prescripción en el Código Penal*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 30), que BINDING rechazara la prescripción de la ejecución de la pena, pues la falta de pruebas no es argumento que pueda esgrimirse tratándose de una pena ya impuesta. Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (274).

840 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 136.

muerto, o si viven todavía, han olvidado las circunstancias oportunas. ¿Cuál será el hombre que, llamado hoy a dar cuenta de lo que hizo en determinado día, diez años atrás, está en facilidad de decir y de demostrar dónde estuvo y cómo es falsa la imputación que se hace en contra suyo?”⁸⁴¹. Claro que, contra estos razonamientos, puede alegarse fácilmente que en nuestro Derecho, al regir la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, lo que hay que probar es la culpabilidad y no la inocencia del reo, y en consecuencia el transcurso del tiempo no perjudica al acusado, sino que le favorece. Sin perjuicio de ello, se trata de argumentos válidos tratándose de delinquentes comunes, pero no de delinquentes por convicción como los terroristas, cuyos crímenes requieren además de una preparación y cierto grado de sofisticación.

No obstante, hay que aceptar que el transcurso de un tiempo prolongado desde la comisión de los hechos dificultará por lo general la labor del juzgador. Por eso, algunos autores, aunque no lo admitan expresamente, de modo tácito aceptan el argumento de la dificultad probatoria como fundamento de la prescripción pues, en definitiva, aumentan considerablemente las posibilidades de fallo humano a la hora de valorar las pruebas⁸⁴².

Incluso el Tribunal Supremo ha llegado a admitir que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, entre las cuales se encuentran, “*dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación*”⁸⁴³.

En la doctrina española, como se adelantó, la idea de seguridad jurídica concretada en las dificultades probatorias como fundamento de la prescripción ha sido

841 CARRARA, FRANCESCO: «Interrupción de la prescripción penal», *Opúsculos de derecho criminal*, Vol. 2, Editorial Temis, Bogotá, 1976, pág. 67.

842 En este sentido, REY GONZÁLEZ afirma –en relación con las teorías basadas en la concepción moral del castigo, que no aceptan que el transcurso del tiempo influya en la sanción–, que “si bien es cierto que el mal moral siempre tendrá su castigo por mucho tiempo que haya transcurrido, el Juez que castiga es Dios, que no puede equivocarse, ni en cuanto a la persona del autor, ni en cuanto a la justicia de la sanción. Además, hay que tener en cuenta que dentro de la moral existe el perdón bajo unos determinados condicionamientos, lo que supone que tampoco en ella el castigo es inexorable. En definitiva, no puede olvidarse que el juicio de Dios es infalible, sin que le afecte el tiempo, mientras que el juicio de los hombres es falible, y puede condenar a un inocente como consecuencia del tiempo transcurrido entre la comisión del delito y su castigo”. REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, págs. 43-44.

843 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia de 27 junio de 1986 (RJ 1986, 3208) y Sentencia núm. 907/1995 de 22 de septiembre (RJ 1995, 6755).

defendida principalmente por autores que defienden la naturaleza procesal de la institución. Sirva como ejemplo la reflexión de BANACLOCHE PALAO, quien ha expuesto en este sentido que “no puede olvidarse que la prescripción nace a la vida jurídica como respuesta a un problema que se produce en la vida real: la dificultad intrínseca que corresponde a toda investigación de delitos (bien por vez primera, bien como continuación de una labor abandonada) que va a realizarse mucho tiempo después de que se hayan cometido aquéllos. Tal investigación presenta siempre dos graves inconvenientes: para el acusador, la dificultad de encontrar elementos que permitan reconstruir lo sucedido y formar una mínima convicción al juzgador (pues las piezas de convicción pueden estar perdidas, los testigos no recordar con precisión, los documentos resultar destruidos o desaparecidos, etc.); y para el acusado, la dificultad de recabar los datos reveladores de su inocencia. La imposibilidad de dar una respuesta adecuada a tales inconvenientes, particularmente al segundo, es lo que justifica la creación de la figura de la prescripción, que significa una opción del legislador dirigida a no perseguir los ilícitos penales cometidos tiempo atrás”. De este modo, alude BANACLOCHE a la seguridad jurídica considerando que la prescripción tiene una naturaleza procesal, y alegando que “el fundamento de la prescripción de los delitos y faltas es ciertamente la seguridad jurídica, pero no la seguridad del responsable del delito o de la falta sino la del inocente –presunto inocente– acusado y la de la víctima del delito”⁸⁴⁴.

Sin embargo, como acertadamente observa GONZÁLEZ TAPIA, resulta cuanto menos cuestionable, por no decir insostenible, configurar la prescripción como un derecho o un beneficio para la víctima del delito, pues lo cierto es que “alcanzada la prescripción, la víctima se encuentra con que, sin haber iniciado el proceso o, lo que es peor, habiendo ejercido ya la acción y sostenido ésta por un largo periodo de tiempo, la

844 BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1997, págs. 281-320 (287).

En sentido similar, encontramos las palabras de FILANGIERI: “Finalmente, el ultimo sello que la Ley ponía a la libertad del ciudadano, era la determinación de cierto tiempo, pasado el cual quedaba prescrito el derecho de acusar. Si para asegurar la propiedad se debió establecer cierta prescripción para las acciones civiles, parecía muy justo que para asegurar la vida, el honor y la libertad del ciudadano, se estableciese otra para las acusaciones criminales. No hay cosa más difícil que defenderse de una acusación cuando se intenta muchos años después del delito. El tiempo, que borró de la memoria las circunstancias que lo acompañaron, priva al acusado de los medios de justificarse, y ofrece al calumniador astuto un velo para cubrir sus meditaciones imposturas”. FILANGIERI, CAYETANO: *Ciencia de la Legislación*, Traducción de Jaime Rubio, tercera edición, Tomo IV, Madrid, 1882, págs. 23-24.

jurisdicción penal está cerrada, debiendo acudir, si es que quiere hacer valer sus derechos, a la vía civil, con el consiguiente gasto y aún más retraso”⁸⁴⁵.

En el concreto caso de las víctimas del terrorismo, a las que ya nos hemos referido, cabe recordar, con SUBIJANA ZUNZUNEGUI, que la prescripción del delito, configurada como óbice procesal en el Ley de Enjuiciamiento Criminal, “cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente, excluye un pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron”⁸⁴⁶.

Por otro lado, no está de más insistir en que, como se ha apuntado, el juego de los principios de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* darán lugar a que, ante las dificultades probatorias, la resolución haya de favorecer siempre al reo, por lo que tampoco cabe fundamentar la prescripción del delito en la seguridad jurídica como garantía para el acusado ante la posible destrucción de pruebas. El tiempo afectará tanto a las pruebas de cargo (necesarias para condenar) como a las de descargo, pero simplemente con afectar a las primeras, ya se beneficiará el acusado y resultará perjudicada la víctima.

4.3.4.2. La negligencia del Estado en la persecución del delito como fundamento de la prescripción.

Una mención especial merece la idea de que la prescripción se funda en el castigo de la negligencia del titular del derecho. Dado el origen civilista de esta justificación de la prescripción de los delitos, para analizar su validez, hay que partir de los conceptos jurídicos propios del ordenamiento procesal civil⁸⁴⁷. Habiendo ya

845 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 48-49.

846 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N^o. 23, 2009, págs. 79-86.

847 Por procesos civiles nos referimos aquí sólo –claro está– a aquéllos en los que se ventilen materias sujetas al principio dispositivo, y no a los llamados procesos civiles especiales, en los que se

estudiado las diferencias entre la prescripción penal y la prescripción civil, conviene ahora, en primer lugar, dejar constancia de algunas diferencias entre proceso civil y proceso penal, por más que puedan resultar evidentes.

A los efectos que aquí nos interesan, el primer apunte que debe hacerse es que, en el actual proceso penal –a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, donde los particulares actúan un derecho subjetivo– no puede decirse que el Estado ejercite un derecho, pues lo que ejercita es una potestad-deber que tiene en exclusiva atribuida: la de imponer penas a los responsables de los hechos tipificados como delito. Por eso, de entrada, cuando se produce la prescripción de los delitos, no cabe achacarla propiamente a la negligencia del Estado en el ejercicio de su “derecho”, que no es tal, sino, a lo sumo, a la negligencia a la hora de dar cumplimiento a su deber de persecución (efectiva) del delito. Cabe señalar, no obstante, que conforme a la doctrina de la *actio nata*, es requisito previo, para que corra el tiempo de la prescripción, que el titular del derecho pueda ejercitarlo. Y en el caso del “ius puniendi” del Estado, para ello será necesario en primer lugar que haya tenido conocimiento del delito⁸⁴⁸.

Pese a todo, como señala PEDREIRA GONZÁLEZ, la teoría que afirma que es la negligencia del Estado en tal persecución lo que fundamenta la prescripción del delito inspiró no obstante la legislación francesa intermedia, y su influencia fue ostensible en las codificaciones del siglo XIX. Tales concepciones, aunque fueron ya abandonadas por la doctrina científica, en su día favorecieron, la admisión en materia penal de mecanismos como la interrupción y la suspensión de la prescripción criminal, lo que constituye un cuestionable legado a juicio de nuestro autor, del que no resulta fácil desembarazarse a estas alturas. En relación con estas ideas, nuestro autor cita también la teoría que fundamenta la prescripción en la finalidad de prevenir con ella la inactividad de las autoridades. La prescripción del delito, así entendida, vendría a configurarse como una especie de mecanismo de presión que tendría por objeto evitar la desidia de los operadores jurídicos del Estado. Pero con buen criterio señala también que esta idea resulta manifiestamente irrazonable, por ser absurdo pretender evitar la inactividad de los órganos al servicio de la Administración de justicia por medio de la impunidad de

encuentra implicada alguna cuestión de las que las partes en el proceso no pueden disponer libremente, esto es, de las consideradas “de orden público” y que se regulan en el Libro IV de la LEC.

848 Ello enlaza con cuestiones tales como el aumento de la actividad policial y, en general, los mayores o menores controles por parte del Estado que faciliten su conocimiento de los delitos.

los delitos, pues si lo que se desea es prevenir esa inactividad, hay métodos jurídicos más razonables y efectivos, como es la imposición de sanciones a dichos operadores jurídicos⁸⁴⁹, a lo que cabe añadir también la dotación por parte del Estado de los medios necesarios.

No obstante lo expuesto, y aunque el Tribunal Supremo ha reconocido en alguna ocasión, durante la dictadura franquista, que la prescripción del delito podía tener lugar incluso por incuria de los funcionarios⁸⁵⁰, consideramos que en nuestro actual ordenamiento, en el que se afirma la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, la negligencia del Estado no puede considerarse fundamento de la prescripción penal.

En primer lugar, porque, como ya se ha dicho, cuando actúa el *ius puniendi*, el Estado no ejerce voluntariamente un derecho subjetivo de libre disposición, sino una potestad que le obliga a actuar en todo caso. Salvo dolo de los encargados de perseguir los delitos, que pudiera ser incluso sancionable penalmente, el Estado no puede disponer del ejercicio de la acción penal, que debe ser ejercida siempre que existan indicios de la comisión de un hecho tipificado como delito. Tratándose de terrorismo, ello sería incluso constitutivo de traición.

Por otro lado, observamos que la teoría de la negligencia de las autoridades no ha casado bien, por lo general, con la regulación positiva de la prescripción. En concreto, llama la atención la posibilidad de prescripción de la pena a que se refiere el art. 134 CP, conforme al cual “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”. Afirmar que el quebrantamiento de la condena se debe (sólo y siempre) a la negligencia del Estado es llevar demasiado lejos tal atribución

849 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 140 - 142.

Tampoco a MEDINA CEPERO le convence la idea de que “el responsable de un delito logre evitar su justo castigo gracias a una combinación curiosa de inoperancia del Estado, impotencia de la víctima y benignidad de la Ley”. Cfr. MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN: *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 35 y ss.

850 En la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1947, podía leerse: “*La prescripción corre, entre otras causas, por la mera paralización del procedimiento, se deba esta paralización a incuria del querellante o de los funcionarios y sea cualquiera el motivo a que obedezca esta incuria por no ser atendibles los argumentos de que la anulación de unas actuaciones en el orden procesal pueda cancelar la prescripción ganada...*”

de responsabilidad, pues aunque pudiera haber incurrido en negligencia, por ejemplo en la custodia del preso, no todas las penas que pueden quebrantarse (y prescribir) son de prisión (también puede ser la de localización permanente) y en todo caso tal quebrantamiento se deberá esencialmente a la voluntad activa del condenado que quebranta la condena y no al Estado, sin perjuicio de la obligación de éste de vigilar el buen cumplimiento de tal ejecución.

No obstante, la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, recuerda en cierto modo a la idea del castigo de la negligencia en la persecución del delito, aunque tal “castigo” no es sino simbólico, pues no se traduce en ninguna sanción a los operadores jurídicos, sino únicamente en un premio al delincuente y una frustración de las expectativas del denunciante o querellante. El 132.2.2ª del Código Penal, tras su redacción en virtud de la citada Ley, establecía que “la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta⁸⁵¹, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior (*esto es, resolución judicial motivada en la que se le atribuya a una persona su presunta participación en un hecho delictivo*), la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia”.

Así, con la nueva regulación implantada por la reforma de 2010, los mencionados plazos fijados en el Código Penal parecían querer servir también como acicate para los órganos jurisdiccionales, a fin de que dicten las correspondientes resoluciones antes de que se produzca la prescripción. Será entonces, al dirigirse el procedimiento “contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta” cuando

851 Cabe mencionar que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, suprimió las tradicionales faltas del Código Penal, pasando algunas de las actuaciones que se tipificaban en el Libro III a engrosar, con más o menos variaciones, la categoría de delitos leves. Otras pasaron a considerarse infracciones administrativas, fundamentalmente recogidas en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana y otras conductas dejaron de ser penalmente típicas. Con la desaparición de la categoría de las faltas, se modificó también el art. 132 CP, que ya sólo hace referencia al delito.

el plazo de prescripción se vea interrumpido, entendiéndose que los efectos de la interrupción se retrotraen al momento de la presentación de la querrela o denuncia. Lógicamente, si el órgano jurisdiccional no dicta resolución alguna en el plazo marcado por el Código Penal, la prescripción seguirá corriendo, continuando el cómputo desde el momento en que fue suspendida por la presentación de la denuncia o querrela, pudiendo llegar a prescribir el delito, de modo que el castigo, en lugar de traducirse en medidas de orden disciplinario para los responsables de dicha dilación –que bien pudieran ser los encargados de dotar a los órganos jurisdiccionales de medios personales y materiales– se traduce en la posibilidad de que el acusado se beneficie de la prescripción⁸⁵².

- *La conexión de la negligencia del titular del derecho como fundamento de la prescripción en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.*

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, la teoría que funda la prescripción del delito en la negligencia del Estado a la hora de perseguir el delito tiene su reflejo en la tendencia a ligar el fundamento de la prescripción con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁸⁵³.

852 Sigue estando vigente por tanto la apreciación RAGUÉS I VALLÉS, a la vista de la regulación de 2003, cuando afirmaba que “Poca fuerza ha de tener la prescripción en tanto que estímulo si al hecho de que un delito prescriba no se le asocia –salvo en casos excepcionales– ninguna consecuencia negativa para las autoridades y funcionarios encargados de su persecución”. RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 30.

Por otro lado, como pone de manifiesto GÓMEZ MARTÍN, lo cierto es que si la Administración de Justicia adolece de disfunciones estructurales que la hacen particularmente lenta y la convierten en una fuente inagotable de dilaciones indebidas, probablemente la solución de tal problemático no pasa, precisamente, por una ampliación o reducción de los plazos de prescripción, sino por las correspondientes reformas estructurales del sistema. GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?» *Revista Crítica Penal y Poder*. 2013, nº 4, marzo (págs. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

853 Sobre esta conexión de la prescripción con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, REY GONZÁLEZ cita algunos ejemplos que ponen de manifiesto cómo el retraso en el proceso hace que la prescripción quede carente de fundamento, al no poder ya cumplirse los fines de prevención general ni especial y propone dotar a los órganos jurisdiccionales de mayores medios para evitar estas situaciones, pues “no puede negarse que toda dilación del procedimiento, sea por la causa que sea, que nos lleve a alejar la sentencia condenatoria del hecho enjuiciado, será una dilación indebida”. REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, págs. 61 y ss.

GONZÁLEZ TAPIA, considera que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es, sin embargo, el fundamento de la prescripción, pues la posible conexión entre prescripción y dicho concepto dependería de lo que se considere como contenido central del derecho: la dilación o lo indebido de la

No en vano, se trata de un derecho fundamental expresamente reconocido a “todos” en el art. 24.2 de la Constitución. También el art. 6.1 del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950⁸⁵⁴ se refiere al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Y en el art. 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁸⁵⁵ se reconoce el derecho de toda persona acusada de un delito a ser juzgada sin dilaciones indebidas, y se obliga a los Tribunales a resolver los asuntos de que conozcan en un tiempo razonable.

También el Tribunal Constitucional ha precisado que *“la prescripción de la infracción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza*

misma. Si se considera que es la dilación, podría considerarse que ésta es directamente fundamento de la prescripción, prescripción y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas serían garantías de un valor superior, que constituiría su verdadero fundamento (se entiende que se refiere al valor justicia consagrado en el art. 1 CE). Sin embargo, si se considera que lo relevante es que dicha dilación sea indebida, no sería posible establecer una conexión directa con la prescripción, pues para ello habría que imputar subjetivamente la dilación, estableciendo asimismo unos criterios conforme a los cuales valorar la conducta del sujeto obligado a velar por la celeridad de la Administración de Justicia, exigencias incompatibles con la regulación de la prescripción, que opera automáticamente por el paso del tiempo sin tener en cuenta cuál sea la causa que originó la inactividad judicial. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 54 y ss.

854 Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito de su Instrumento de Ratificación, de conformidad con el artículo 66, 3, de dicho Convenio. El Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, fue publicado en el «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Posteriormente, fue aprobada la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 fue publicada en «BOE» núm. 108 de 06 de Mayo de 1999, con vigencia desde el 26 de Mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>

855 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977. Publicado en BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733

de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”⁸⁵⁶.

Pero pese al reconocimiento expreso de este derecho en la Constitución y en los Tratados, el concepto de “dilaciones indebidas” no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que requiere, para su concreción, del examen de las actuaciones procesales concretas a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama.

Cabe señalar también que la existencia de dilaciones indebidas en el proceso, que venía siendo reconocida por nuestra jurisprudencia como circunstancia atenuante analógica, se ha incluido recientemente en el Código, de manera expresa, como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en el apartado 6º del art. 21 CP tras su modificación por la misma Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha modificado el régimen legal de la prescripción. En palabras de la Exposición de Motivos de la citada Ley, *“se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera, se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía*”⁸⁵⁷.

Considerando conjuntamente el juego de la circunstancia atenuante por dilaciones indebidas y de la prescripción del delito, se desprende de nuestra regulación positiva que, una vez iniciado el proceso penal, el tiempo transcurrido va produciendo paulatinamente la destrucción de la responsabilidad penal exigible, de modo que, aunque no se llegue a producir la prescripción por el transcurso íntegro del plazo, la

856 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre (RTC 1990, 157). Doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, entre las más recientes en Sentencia número 187/2013 de 4 de noviembre de 2013 (RTC 2013, 187).

857 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

existencia de dilaciones, si se consideran indebidas, es suficiente para acarrear una disminución de la pena a imponer, en la forma y medida que establece el art. 66 CP. No obstante, la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas deja un margen de apreciación judicial mayor que la apreciación de la prescripción.

Asimismo, cabe advertir que la tardanza en incoarse el proceso sin que el delito haya llegado a prescribir (o más correctamente la tardanza en dirigir el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito, según el nuevo art. 132.2 CP) no supone ninguna reducción de la pena a imponer, pues si antes de producirse la prescripción se ha iniciado el proceso y durante el mismo no se han producido dilaciones que se consideren indebidas, esta tardanza no fundamentará la apreciación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad. Puede decirse, en definitiva, que existe un derecho del acusado a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24.2 CE), cuya vulneración es compensada con la apreciación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal (art. 21.6ª CP) y la consiguiente reducción de la pena (art. 66 CP), pero no existe un derecho del delincuente a ser perseguido prontamente. Dicho de otro modo: la atenuante no será apreciada en aquellos supuestos en los que se alegue un largo lapso de tiempo entre la comisión los hechos y la iniciación del proceso, que no son consideradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como motivo suficiente para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas. En definitiva, una vez incoado el proceso penal y dirigido contra la persona indiciariamente responsable del delito, la prescripción se habrá alcanzado o no, pero si no se alcanzó, el tiempo transcurrido desde la comisión del delito es en principio irrelevante a efectos de la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, sin perjuicio de la moderación de la pena que pueda realizar el Juez dentro de la correspondiente horquilla penal aparejada al delito en atención a tal circunstancia.

4.2.5. Carencias del concepto de seguridad jurídica como fundamento único de la prescripción

La seguridad jurídica no puede considerarse el fundamento único (ni siquiera determinante) de la prescripción, pues la necesidad de salvaguardar la idea de seguridad jurídica no puede eclipsar por completo la necesidad de pena⁸⁵⁸, pues la idea de

858 En sentido contrario, afirmará PEDREIRA GONZÁLEZ, que “la prescripción del delito

protección de la seguridad del tráfico, determinante de la existencia de la prescripción en el ámbito civil, no puede trasladarse sin más al ámbito penal, donde las normas tienen otra razón de ser. La defensa de la idea de seguridad jurídica a toda costa, desconectada de los fines de la pena y de la protección de los legítimos intereses de las víctimas y perjudicados por los delitos conduce a situaciones que pueden sentirse como injustas por el común de la sociedad, deslegitimando al sistema penal y restándole efectividad en el cumplimiento de sus fines.

En este sentido, puede citarse cómo GONZÁLEZ TAPIA, al estudiar los clásicos argumentos que consideran la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción del delito, echaba en falta una última explicación que aclarase las razones por las que el legislador opta en última instancia por el sacrificio de los intereses de la víctima y por la admisión de la lesión del bien jurídico sin reaccionar. Comparando la prescripción penal con la prescripción civil –donde la seguridad jurídica se manifiesta en la protección de terceros en el tráfico jurídico–, llega la autora a la conclusión de que en el ámbito penal, ese elemento ha de encontrarse en la pena, que es el elemento que se ve afectado por la prescripción, más exactamente en la necesidad de penar, considerando que el legislador admite la prescripción desde un doble convencimiento: que para el mantenimiento de la convivencia no es imprescindible castigar todos los comportamientos que lesionen bienes jurídicos y que el transcurso del tiempo influye directamente en las posibilidades de eficacia de la pena⁸⁵⁹.

La primera objeción que puede hacerse a quienes asocian la idea de seguridad jurídica a la conveniencia de evitar las dificultades probatorias que pueden ocasionarse en el proceso por el transcurso del tiempo es que, como ya se apuntó, parecen no tener en cuenta que en nuestro sistema, en virtud del principio de presunción de inocencia, es la acusación quien debe probar la culpabilidad del reo, y no éste quien deba probar su

encuentra su fundamento, no en la ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de sus fines, ni mucho menos en la imposibilidad de lograr los objetivos del proceso, sino en la exigencia de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal. No es, por lo tanto, que ya no puedan lograrse los fines de la pena o los objetivos del proceso, sino la exigencia de certeza y seguridad”. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», en *La Ley*, año XXVI, núm. 6249, martes 10 de mayo de 2005.

859 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 63-64.

inocencia, pues ello equivaldría a la exigencia de una prueba diabólica de los hechos negativos, no admitida en nuestro Derecho.

La prescripción, por tanto, no es necesaria para garantizar que no se dicten sentencias injustas para el reo. Como observa GONZÁLEZ TAPIA, si el cometido último de la prescripción del delito fuese la salvaguarda de las garantías procesales básicas, resultaría absolutamente superflua, pues desde el momento en que éstas están reconocidas como derechos fundamentales de los justiciables, son directamente aplicables, por lo que la institución de la prescripción no supone ninguna garantía añadida⁸⁶⁰.

Además, tampoco es cierto que en todo caso el paso del tiempo lleve aparejada en todo caso la destrucción o el deterioro de las pruebas⁸⁶¹. Un delito extremadamente grave o violento –como pueden ser los de terrorismo–, puede ser mucho más fácil de probar (por su flagrancia, grabaciones, testificales, restos biológicos encontrados, etc.) que uno menos grave pero de mayor complejidad, como pueden ser los delitos económicos. Y en estos casos, más que el transcurso del tiempo, lo que suele destruir las pruebas es la actuación del propio delincuente.

Además, existen pruebas que, en general, no se deterioran por el mero transcurso del tiempo. Tal es el caso de las pruebas documentales cualquiera que sea el soporte en el que estén recogidas y que, en la práctica del moderno proceso penal, aunque la ley no les reconozca preeminencia sobre las demás, son las que fundamentan la mayor parte de las sentencias condenatorias, siendo preferidas sobre otras como la testifical, sobre todo cuando ésta no es corroborada por datos objetivamente contrastables. Por ello, si atendemos al escaso valor que se le confiere en la práctica a la prueba testifical, tampoco resulta relevante este argumento como para justificar la prescripción del delito con fundamento en que el tiempo borra el recuerdo de los testigos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en términos generales, los delitos especialmente graves o traumáticos, habitualmente causarán una impresión mayor en los posibles testigos, y tardarán más tiempo en olvidarlos.

860 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 50-52.

861 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 67; GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 49.

Por todo ello, la posible pérdida de fuentes de prueba por el paso del tiempo no es argumento suficiente para justificar la prescripción. Es más, podría incluso ocurrir lo contrario, como pone de manifiesto COBO DEL ROSAL, de modo que “la verdad es que la fundamentación de la prescripción como causa de exclusión de la pena, en contra de lo afirmado por MIR PUIG, no tiene nada que ver con dificultades de prueba por el transcurso del tiempo, pues se está manifestando una especie de anfibología. El transcurso del tiempo puede dificultar la prueba, pero también a veces el desmedido transcurso del tiempo puede hacer que aparezcan inopinadas pruebas, y se concrete la autoría y se esclarezcan los hechos”⁸⁶².

La necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica, como se ha apuntado, tampoco explica la prescripción de la pena, que tiene como presupuesto la existencia de una sentencia condenatoria firme y sobre la que no caben dudas acerca de la seguridad de los hechos probados en que se basa⁸⁶³.

Asimismo, se considera la seguridad jurídica como el único fundamento de la prescripción, tampoco se explica la existencia de plazos de prescripción escalonados en función de la gravedad que se reconoce al hecho⁸⁶⁴, pues aportaría mayor certeza un plazo único de prescripción para todos los delitos, no dependiente por tanto de la calificación que pueda hacerse de los hechos, y que no es segura hasta que no se determina en sentencia.

Finalmente, la necesidad de seguridad jurídica no puede ser el único fundamento de la prescripción, porque no explica la imprescriptibilidad de determinados delitos admitida en el Código Penal. Tal es el caso de los delitos de lesa humanidad y de

862 COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 653.

863 Resulta así por ejemplo que, para BANACLOCHE, coherente con la tesis procesalista que defiende, la prescripción de la pena no está justificada. Cfr. BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320.

Por su parte, GILI PASCUAL señala que puesto que la prescripción de la pena opera con posterioridad al proceso, resulta inviable justificarla basándose en las dificultades probatorias que, en cualquier caso, han sido previamente superadas. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 68.

864 Es por lo que BANACLOCHE propone el establecimiento de un plazo de caducidad único, no susceptible de interrupción, salvo en los supuestos de rebeldía, en los que sería admisible la suspensión del plazo. Cfr. BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320.

genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (salvo los castigados en el artículo 614), que no prescribirán en ningún caso y los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona (art. 131. 3 CP tras nueva numeración en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). Si se atiende a las dificultades probatorias, como señala GILI PASCUAL, no hay razón para excluir a priori que puedan surgir dificultades probatorias con respecto a estos delitos imprescriptibles⁸⁶⁵.

Asimismo, hay que tener en cuenta que en Derecho penal –como explica RAGUÉS I VALLÉS– la seguridad queda preservada siempre que los potenciales infractores puedan conocer antes de actuar las eventuales consecuencias de su comportamiento, de tal modo que, si todos los ciudadanos supieran de antemano que sus conductas delictivas nunca dejarían de ser perseguibles, no por ello debería entenderse vulnerada su seguridad jurídica⁸⁶⁶. Y es que, como observa GILI PASCUAL, la seguridad jurídica no depende de la prescripción, ya que sin prescripción puede seguir existiendo seguridad jurídica⁸⁶⁷. En este sentido, y ciñéndose a la novedosa regulación de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte tras la Ley Orgánica 5/2010, GÓMEZ MARTÍN afirma con razón que genera mayor inseguridad un sistema en el que algunos delitos (los más) prescriben y otros (los menos) no lo hacen que un sistema que (al margen de los problemas constitucionales a los que ello podría conducir) en el que se consagrara la imprescriptibilidad de todos los delitos sin excepción alguna⁸⁶⁸.

De todo lo anterior se desprende que la seguridad jurídica no puede ser el único fundamento válido de la prescripción.

865 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La Prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 68.

866 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 28-29.

867 GILI PASCUAL, ANTONI: *La Prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, págs. 72 y ss.

868 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?» *Revista Crítica Penal y Poder*. 2013, nº 4, marzo (págs. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona

4.4. Conclusión: no existe un fundamento único que justifique la prescripción de todos los delitos. Algunas reflexiones a la vista de la existencia de delitos imprescriptibles

Es habitual que los autores que se han interesado por averiguar el fundamento de la prescripción del delito se hayan decantado en concreto por alguno de los que tradicionalmente se han barajado en la doctrina, o hayan aceptado una combinación de varios de ellos, quizás dando preponderancia a alguno sobre otro. En cualquier caso, el fundamento o los fundamentos considerados se aceptan como válidos para todos los delitos. Lo que se pretende en definitiva es encontrar la justificación de la existencia de la prescripción como institución, esto es, de la “prescripción del delito” y no de cada delito concreto.

La prescripción, a primera vista, supone una quiebra del orden jurídico. Si a la comisión del delito no le sigue la imposición de una pena, debe existir un fundamento racional de orden superior que lo justifique. Quizás debido a este demoledor efecto, se ha pensado que el fundamento de la prescripción debía obedecer a unas razones superiores y por lo tanto igualmente válidas para todos los delitos. La existencia de un mismo tipo de pena –como es la pena de prisión– para la inmensa mayoría de delincuentes también ha contribuido a este tratamiento homogéneo de los distintos delitos a efectos de su prescripción, variando únicamente el plazo de tiempo que habría de transcurrir para considerarlos prescritos. Pero tal forma de proceder, a nuestro juicio, no puede seguir manteniéndose como válida.

Hasta ahora, como mucho, se ha considerado que, al regular el Código Penal distintos plazos de prescripción en función de la pena que el delito lleve aparejada, ya se está reconociendo implícitamente que los distintos delitos revisten una gravedad distinta, que tiene su reflejo en la mayor o menor duración del plazo de prescripción, haciendo grupos de delitos según la duración de la pena que lleven aparejada y asignándoles así un plazo de prescripción. Esta técnica legislativa, consistente en incluir la prescripción del delito en la Parte general del Código –que obedece también a una cierta inercia del legislador–, resulta un tanto tosca, pues no tiene en cuenta diferencias tan importantes como las existentes entre delitos dolosos o imprudentes, o la existencia de delitos que requieren una especial tendencia criminógena del autor y otros que no, o el mero hecho de que existen delitos que dejan vestigios susceptibles de convertirse en

pruebas y otros delitos, como los de riesgo, que pueden no dejar ningún rastro (por ejemplo, una conducción temeraria o bajo los efectos del alcohol).

No obstante, en favor de tal forma de legislar puede decirse que presenta la indudable ventaja de que así no es necesario indicar el plazo de prescripción en cada tipo penal, lo que haría verdaderamente engorrosa la lectura del Código, pues además, si se hiciera esto con la prescripción del delito, debería hacerse lo mismo con tantas otras instituciones que conforman la Parte General del Código. Pero los distintos delitos, a efectos de la prescripción, no pueden seguir recibiendo ese tratamiento homogeneizador, que no tiene en cuenta que no todos son iguales, ni que la tipología de las acciones u omisiones que el Código Penal configura como delito ha sufrido grandes variaciones en los últimos tiempos⁸⁶⁹.

La existencia de delitos imprescriptibles, que rompe la regla general de la prescripción, pone de manifiesto que no existe un fundamento único para que “el delito” como concepto prescriba, sino que “cada delito” de los tipificados en el Código podrá prescribir (o no). Y no existe razón para afirmar que, respecto de los que pueden prescribir, tal posibilidad responda a un único fundamento. Concretamente, la reforma en materia de prescripción llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, al establecer la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte vino a señalar en la Exposición de Motivos (cuarto párrafo del apartado IX) el fundamento específico de la imprescriptibilidad de este delito concreto: la necesidad de pena: *“Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto*

869 De este modo, han pasado a tipificarse conductas como los delitos medioambientales, contra la seguridad vial, etc. Tales modificaciones llegan hasta el extremo de que con la reforma que introdujo la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en el Código Penal, se introdujo también la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este sentido, es de destacar la continua incriminación de nuevas conductas, que ha dado lugar a que llegue a hablarse de una auténtica “expansión del Derecho penal”, como se destaca en la conocida obra de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2ª edición, 2008.

tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado”⁸⁷⁰.

No le corresponde al Código Penal señalar los fundamentos de la prescripción de cada delito, aunque es evidente que los tiene en cuenta, porque si no todos los delitos prescribirían transcurrido un mismo periodo de tiempo. Si los distintos plazos de prescripción se encuentran escalonados, es precisamente porque el legislador ha hecho un juicio de valor previo, asignando a los delitos más graves plazos de prescripción más largos. Lo que ocurre es que tal valoración de la gravedad del delito a efectos de prescripción no se hace específicamente para cada uno de ellos, sino que se aprovecha, reutilizándola, la estimación previa de *gravedad* que ya se hizo en el momento de asignar una pena a cada delito de la Parte Especial del Código.

Del mismo modo, tampoco es misión del Código Penal explicar cuáles sean las razones de que un delito pueda prescribir o no. Sin embargo, la determinación de tal fundamento puede ayudar a corregir posibles defectos de la regulación en futuras reformas legislativas o a señalar adecuadamente el plazo de prescripción de nuevos delitos que pudieran tipificarse. Siendo esto así, los razonamientos en torno a la prescripción del delito que partiendo del Derecho positivo pretendan averiguar el fundamento y la naturaleza jurídica de la institución deben tener presente que cada delito es distinto y que, a efectos prescriptivos, atendiendo a criterios axiológicos, no puede equipararse a otros únicamente en función de la duración de la pena de prisión que lleven asignada.

El tratamiento unitario de la prescripción en el Código Penal, formando parte de la Parte General, merece, por tanto, ser revisado. Lo haremos atendiendo a la naturaleza de la institución.

⁸⁷⁰ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

5. LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

5.1. Planteamiento de la cuestión

En la doctrina jurídica, es ya clásica la discusión acerca de lo que se ha venido en denominar “naturaleza jurídica” de la prescripción. Sin embargo, el debate no ha sido todo lo profundo que en un principio cabría esperar a la vista de la grandilocuencia de la expresión y de las cuestiones filosóficas que evoca⁸⁷¹.

Para empezar, es menester señalar que no todos los conceptos ni instituciones jurídicas han suscitado tal debate sobre su “naturaleza”, ni tampoco se ha acudido a tal concepto para explicar el fundamento o la manera en que toda institución jurídica despliega sus efectos. De ahí que la insistencia en ahondar en esta cuestión cuando se trata de la prescripción de los delitos merezca algunas reflexiones.

Como explicara LOIS ESTÉVEZ, el término “naturaleza” es de uso constante en la Filosofía aristotélico-escolástica y en la Teología. Resulta, pues, de franca verosimilitud que los filósofos lo hayan exportado al campo jurídico. El mismo hecho de que los juristas lo hayan utilizado constantemente sin recurrir a clarificaciones complementarias parece probar, por sí mismo, que fuera como valor entendido para todos. Sin embargo, lo que ya es problemático, es que hayan tenido que echar mano a esa noción los juristas. Cabe entonces preguntarse también junto con el mencionado autor “¿Qué ventajas podrían esperar de su empleo?”⁸⁷².

Pues bien, tratándose de la prescripción del delito, la utilidad pretendida por los juristas al acudir al concepto de naturaleza jurídica radica en que, en los términos en que se ha concretado el debate –esto es, si se trata de una institución sustantiva o procesal–, tal concepto enlaza el enigma del fundamento de la prescripción, que la ley no expresa, con la letra de la norma escrita, de modo que, sin necesidad de mencionar el fundamento concreto, el resultado aplicativo al que se llega – castigar o no en el caso concreto– tras optar por una determinada naturaleza, aparece como un producto

871 Una visión esquemática de los principales puntos de vista y problemas que suscita la cuestión de la “naturaleza jurídica” o “naturaleza de la cosa” se encuentra en PUY MUÑOZ, FRANCISCO DE PAULA: «El Derecho y la naturaleza de las cosas», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 12, 1966, págs. 75-94.

872 Cfr. LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

indiscutible de la razón, obtenido asépticamente mediante el método lógico-deductivo. De este modo, que el debate aparece como desinteresado⁸⁷³, si bien lo cierto es que, por norma general, las situaciones concretas que han provocado que la doctrina acuda al concepto de la naturaleza de la prescripción han tenido un fuerte componente ideológico, dando lugar a posturas enfrentadas difícilmente reconciliables⁸⁷⁴.

873 Como señala SASTRE ARIZA, “la ciencia tiene que ver con el método (mejor dicho: con los métodos), con un tipo de presentación y ordenación del saber, pero no con los contenidos”. Esta afirmación enlaza con las reflexiones de BOBBIO, según el cual “la ciencia es una toma de posesión de la realidad; la filosofía, una toma de posición frente a la realidad. Por ello, la ciencia es indiferente a los valores, y de ahí su carácter –subjektivamente– de investigación desinteresada y –objetivamente– de investigación pura. La filosofía está axiológicamente orientada y comprometida, y de ahí su carácter de ideología, frente al cual no se pueden cerrar los ojos”. BOBBIO, NORBERTO: *Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho*, 1950, en cita de SASTRE ARIZA, SANTIAGO: «Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica», Cuadernos de Filosofía del Derecho nº 24, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989.

874 Así, la doctrina alemana, aunque no haya llegado a zanjar la cuestión, se inclina mayoritariamente por la naturaleza procesal de la prescripción, conclusión a la que se llegó para poder ampliar retroactivamente el plazo de prescripción de los crímenes cometidos por los nazis cuando éstos estaban próximos a prescribir. En este sentido, explica JESCHECK cómo la Novena Ley de reforma del Derecho penal alemán de 1969 aumentó el plazo de prescripción de la acción penal para aquellos crímenes castigados con la pena de privación de libertad a perpetuidad, dando efectos retroactivos a ese aumento para permitir que pudieran continuar persiguiéndose los crímenes de violencia más graves cometidos durante la época nacional-socialista. JESCHECK, HANS-HEINRICH: «La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972, págs. 629-642. Sobre este extremo, también puede leerse al español GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222. Y más recientemente, HASSEMER, WINFRIED: «La medida de la Constitución», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo I, *Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, J. C. Carbonel Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dirs.) M. L. Cuerda Arnau (coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 975 y ss.

En España, aunque la cuestión relativa a la naturaleza de la prescripción se ha saldado casi siempre de forma apresurada, al llegarse a la conclusión de que mediante esta doctrina no se pueden violar otros principios generales del Derecho o incluso en tiempo más recientes garantías reconocidas constitucionalmente –como es la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables–, la regulación legal de la institución también ha evolucionado en los últimos tiempos gracias a la influencia de casos concretos relevantes desde el punto de vista económico y político. Así, la nueva regulación de la institución tras la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio ha pretendido poner fin a la polémica doctrinal en torno a la aplicación de preceptos concretos surgida a raíz de conocidos enfrentamientos doctrinales entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en casos de gran relevancia mediática por afectar a importantes intereses económicos o políticos. Por ejemplo, en el caso conocido como “Urbanor” o “los Albertos”, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 29/2008 de 20 de febrero (RTC 2008, 29), anuló la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 marzo 2003, apoyándose en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y discrepando sobre el momento en que debía entenderse interrumpida la prescripción. La polémica doctrinal surgida a raíz de esta situación se ha pretendido resolver mediante la regulación establecida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código Penal, que, entre otras novedades, da una nueva redacción al art. 132.2 del mismo, tratando de regular detalladamente el régimen de interrupción de la prescripción.

Por eso, ha bastado con limitar la cuestión a tratar de dilucidar si la institución tiene una naturaleza material o procesal, esto es, si pertenece al ámbito propio del Derecho penal sustantivo o del Derecho procesal penal. Y quizás sea esta razón de que se hable de la *naturaleza jurídica* de la prescripción, en lugar de simplemente de la *naturaleza*, para resaltar así que la institución se pretende adscribir a uno de estos dos campos en los que tradicionalmente se suele dividir el estudio del Derecho. Sin embargo, resulta claro que hablar de la naturaleza jurídica de una institución jurídica no deja de ser una redundancia. ¿Qué otro tipo de naturaleza podría tener si no una institución de tal clase?

Pues bien, atendido a la literatura jurídica sobre el tema, se observa que, partiendo de diversos argumentos escogidos de forma más o menos azarosa, lo habitual es que los distintos autores asignen a la institución una determinada naturaleza (sustantiva o procesal) a partir de la cual se deducirán después una serie de consecuencias lógicas en orden a su aplicación práctica. Por eso, como advierte REY GONZÁLEZ, aunque la determinación de la naturaleza jurídica de la prescripción puede parecer, en principio, una cuestión académica y de escasa trascendencia práctica, ello no es así, pues los principios informadores de la prescripción varían según la naturaleza jurídica que se le atribuya: así por ejemplo en materia de retroactividad o en la necesidad de su alegación por las partes⁸⁷⁵.

Pero los criterios que condicionan llegar a una u otra naturaleza habrán sido elegidos antes de comenzar el razonamiento. Si ante las dudas que suscita la legislación vigente que ha de aplicarse a unos concretos hechos criminales, las razones para castigar (o para no hacerlo) aparecen claras en virtud de otras consideraciones de la llamada “justicia material”, que nada tiene que ver con la prescripción, se elegirá un fundamento que determine el resultado deseado y éste determinará al intérprete a decantarse por una determinada naturaleza jurídica, que servirá para presentar el resultado (prescripción o no) como un producto de la razón lógica obtenido de forma aséptica e imparcial. En realidad, fundamento, naturaleza y resultado (castigar o no) constituyen los tres elementos de una ecuación, de modo que la fijación de uno de ellos como indiscutible determina los otros dos.

875 REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 25.

Por eso, pese a la lo extensa que ha llegado a ser la polémica, ni siquiera en la doctrina alemana, donde ha sido estudiada con detenimiento, fundamentalmente a raíz de la idea de ampliar el plazo de prescripción del asesinato cuando los cometidos por el régimen nacionalsocialista estaban próximos a prescribir⁸⁷⁶ (y donde se optó por la solución de la naturaleza procesal, siguiendo la tesis de ADENAUER), se ha llegado a resultados concluyentes⁸⁷⁷. Por ello, tanto en el extranjero como en España, han existido y existen por un lado partidarios de asignar a la prescripción o bien una naturaleza procesal o bien una naturaleza sustantiva, siendo ésta no obstante la tesis dominante en la actualidad.

En nuestra literatura jurídica, han defendido la naturaleza material de la prescripción del delito DEL TORO⁸⁷⁸, MORILLAS CUEVA⁸⁷⁹, COBO DEL ROSAL junto con VIVES ANTÓN⁸⁸⁰, MUÑOZ CONDE⁸⁸¹ y MIR PUIG⁸⁸² entre otros muchos.

Entre los defensores de la naturaleza procesal puede citarse a AGUILERA DE PAZ (con matices)⁸⁸³, QUINTANO RIPOLLÉS⁸⁸⁴, o JIMÉNEZ DE ASÚA⁸⁸⁵, por

876 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

877 Lo que ha provocado, como señala GILI PASCUAL, que existan autores como FRANZ RIKLIN que niegan que de tal distinción quepa extraer consecuencias decisivas, así como otros que consideran que la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la prescripción penal se reduce a una mera cuestión académica. Es el caso de HANS-HEINRICH JESCHECK y de THOMAS WEIGEND. Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 20.

878 DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, Barcelona, 1978, pág. 675.

879 MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, pág. 43.

880 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 748.

881 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO - GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal, Parte General* 5ª edición, opág. cit., pág. 422.

882 MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 773 y ss.

883 Aunque ya aceptaba este autor, a comienzos del siglo XX que, en base al art. 2 LECrim, la prescripción debería también poder apreciarse de oficio. Cfr. AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo V, pág. 199-214.

884 QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1946, pág. 465.

nombrar algunos de los autores más importantes de nuestra literatura jurídica clásica. Entre los autores más recientes que han defendido esta tesis procesal, puede mencionarse a BANACLOCHE PALAO⁸⁸⁶ y a MEDINA CEPERO⁸⁸⁷.

Y tampoco han faltado autores que abogan por una teoría mixta que deja abierta en cierto modo la cuestión⁸⁸⁸. El propio Tribunal Constitucional, aun a la vista de que el Tribunal Supremo –tras haber cambiado el sentido de su jurisprudencia en la década de 1960⁸⁸⁹ y sin perjuicio de posteriores vacilaciones– se decanta en la actualidad por la tesis de la naturaleza material, ha admitido la dualidad de teorías acerca de la naturaleza de la prescripción del delito, explicando que ésta *“puede ser concebida como una institución de carácter procesal e interpretación restrictiva, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, cuya aplicación se haga depender de la concurrencia del elemento subjetivo de abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción o, al contrario, puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material, fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su ius puniendi”*⁸⁹⁰.

Pero reducir la cuestión relativa a la naturaleza de la prescripción a determinar si se trata de una materia sustantiva o procesal, además de servir de camuflaje a debates ideológicos, constituye un método interpretativo que no puede arrojar luz, a nuestro juicio, sobre la verdadera esencia de la prescripción. Con esta alusión a la esencia no quiere decirse que detrás del concepto de la prescripción exista una misteriosa realidad que trascienda a la ley y que tenga que ser descubierta por el jurista, sino poner de

885 Para quien “La prescripción en materia penal es un instituto liberador, ora de la acción que nace del delito, bien de la acción que surge de la condena”. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

886 BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, pág. 281-320.

887 MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN: *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 42.

888 Así, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 1001 y ss.

889 Es de destacar, en este sentido, el giro que supuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790), que contrariamente a la jurisprudencia anterior, vino a admitir la naturaleza material de la prescripción.

890 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 12/1991 de 28 de enero (RTC 1991, 12).

relieve, en primer lugar, que dividiendo el Derecho penal en compartimentos estancos (sustantivo o procesal), lo que se hace es forzar el significado que la ciencia jurídico-penal le atribuye a esta figura jurídica y su encaje en el conjunto del ordenamiento, pues con la finalidad de obtener el resultado previamente querido, se introducen en el razonamiento las premisas que determinen el resultado buscado. En nuestro Derecho, la doble regulación de la institución en el Código sustantivo y en el procesal ofrece argumentos bastantes a los partidarios de cualquiera de las dos opciones. De este modo, la doctrina y la jurisprudencia, al elegir una de ellas, predeterminan una solución para el caso que se pretende resolver, de modo que bien puede decirse que la solución no deriva de que la institución tenga una determinada naturaleza que previamente se haya averiguado, sino que al razonar se ha seguido el sentido contrario: en función de la solución que se pretenda dar al caso concreto, se asigna a la prescripción la naturaleza (sustantiva o procesal) de la cual derive, según el método lógico-formal, la solución deseada⁸⁹¹.

La prescripción de los delitos es, como todo lo regulado en los Códigos Penales, una cuestión de marcado carácter político. Su concepción como una institución de naturaleza material es por lo general más garantista para el reo y propicia una mayor seguridad jurídica, al saberse de antemano en qué momento el delito dejará de ser perseguible. La naturaleza procesal, en cambio, permite una mayor discrecionalidad del Estado a la hora de castigar los crímenes cometidos con independencia del tiempo transcurrido, pues llevada al extremo permite tener en consideración sólo las normas procesales en vigor en el momento de la celebración del juicio, obviando las sustantivas vigentes cuando se cometió el delito, y asimismo que crímenes cometidos en situaciones excepcionales –en que las instituciones del Estado se encontraban ausentes o desbordadas (como pudieran ser los delitos cometidos tras una gran catástrofe o en una revuelta política o social) o incluso en situaciones en que el propio Estado o sus estructuras afines cometieron o ampararon estos crímenes (como ocurrió en la Alemania nacionalsocialista) –, puedan ser juzgados mucho tiempo después de su comisión, cuando las condiciones consideradas normales se hayan alcanzado o reestablecido. Por

891 En este sentido, tenía razón GARZÓN VALDÉS cuando explicaba que al aplicar la doctrina de la naturaleza de la cosa a una institución jurídica, se corre, entre otros, el peligro de razonar entimemáticamente, introduciendo en las cosas el sentido o valor que queramos extraer de ellas. Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

esto, no es de extrañar que en Alemania se haya defendido con más énfasis la naturaleza procesal de la institución, para poder juzgar así los crímenes cometidos por los nazis cuando estaban a punto de prescribir, como refiere GIMBERNAT⁸⁹².

Por otro lado, hoy en día, es fácil dar respuesta a los interrogantes que en otro momento se pretendían resolver acudiendo al concepto de “naturaleza jurídica” de la prescripción. Basta tener en cuenta los principios y garantías que rigen en el sistema penal, como el de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, hoy expresamente señalados en el texto de la Constitución (art. 9.3) y que, en virtud del principio de jerarquía normativa, siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) resulta de obligado cumplimiento. Teniendo esto en cuenta, no puede aceptarse hoy en día cualquier consecuencia de orden lógico que derive de la aplicación de la doctrina de la naturaleza de la cosa a la prescripción del delito, pues si el resultado obtenido fuese contrario a los principios y garantías reconocidos en el texto constitucional, tal solución no sería válida, sencillamente por contradecir lo dispuesto en una norma de rango superior.

En definitiva y por lo expuesto, la validez de la doctrina de la naturaleza de la cosa aplicada a la institución de la prescripción de los delitos debe ser revisada. Aunque antes, conviene detenerse en analizar las consecuencias de la adscripción de la prescripción al Derecho sustantivo o al procesal y cómo se ha llegado a esta situación.

5.2. Consecuencias de la adscripción de la prescripción al Derecho sustantivo o al procesal

Aunque se haya comenzado cuestionando la validez de los términos en que se ha concretado el debate en torno a la naturaleza de la prescripción, conviene detenerse ahora en la exposición de las distintas consecuencias a las que la doctrina ha llegado asignando a la prescripción una u otra naturaleza, pues tales debates han influido de forma decisiva en la concepción actual de la institución.

892 Sobre este tema, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

Según se considere que la naturaleza de la prescripción es material o procesal, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera se ha llegado a distintas conclusiones que GILI PASCUAL sintetiza en dos terrenos fundamentales: el tratamiento procesal de la institución y determinadas cuestiones ligadas al principio de legalidad⁸⁹³. Cabe mencionar, con el referido autor, que en el Derecho comparado, resulta también determinante el hecho de que la prescripción se regule en el Código penal sustantivo o en el procesal, condicionando la posición de la doctrina. Y así, mientras que en Italia, Suiza y Austria se decantan por la naturaleza material, en Francia prima la visión procesalista de la prescripción.

No obstante, la regulación de la institución en un determinado Código no debería el elemento decisivo para encasillarla en el campo sustantivo o procesal. En todo caso, como advierte el propio GILI PASCUAL, actuará como un argumento empleado a mayor abundamiento⁸⁹⁴. Sin ir más lejos, acudiendo a nuestro propio Derecho histórico, puede comprobarse que, aunque la institución se haya regulado más profusamente en el Código Penal, en muchas ocasiones la regulación de éste se encontraba salpicada de normas procesales, haciendo incluso referencia a doctrinas tan propias del campo de estudio del Derecho procesal como la de la *actio nata*⁸⁹⁵. Como apuntaba GÓMEZ ORBANEJA, “la colocación de una norma en uno u otro cuerpo legal es, pues, indiferente para determinar su naturaleza; lo que importa es su contenido y finalidad. Sacar algo del Código Penal no es lo mismo que sacarlo del Derecho Penal; y a la inversa, no basta incluir en ese Código un precepto referente al proceso para desposeerle de su carácter verdadero”⁸⁹⁶.

893 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, págs. 19 y ss.

894 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, págs. 21-29.

895 Así, en la primera regulación sistemática de la prescripción penal en la Codificación española, en el Código Penal de 1822, con un enfoque claramente procesalista.

896 GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1951, pág. 39.

En Italia, MANZINI acudía a la distinción entre normas que atribuyen potestad punitiva al

Sin embargo, en España, la mera existencia de referencias a la prescripción del delito tanto en el texto del Código Penal como en el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha dado lugar a multitud de pareceres acerca de la naturaleza jurídica de la institución. Esta doble regulación - como se ha apuntado al tratar sobre la evolución histórica de la legislación sobre la materia- obedece tanto a la falta de una depurada técnica legislativa en la época en que se promulgaron los primeros Códigos penales y la Ley de Enjuiciamiento Criminal como a la influencia de la figura prescripción civil y al entendimiento general del proceso penal mediante la aplicación de figuras civiles que, como puso de manifiesto en su día PACHECO⁸⁹⁷, fue lo que motivó que la regulación de la prescripción se dejase para el futuro Código procesal, esto es, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

En cualquier caso, como observa GILI PASCUAL, la inclusión de la regulación de la prescripción en el Código Penal o en el procesal ha tenido un peso relevante –si bien no decisivo– en el pronunciamiento acerca de su naturaleza. No obstante, en buena lógica, como apunta este autor, las cosas deberían hacerse al revés, de tal modo que la inclusión en un texto determinado debiera ser, en todo caso, reflejo del correspondiente pronunciamiento previo y no a la inversa⁸⁹⁸. Es claro, por tanto, que el propio legislador se ha visto confundido en esta cuestión, cambiando reiteradamente de criterio y desaprovechando también repetidamente la ocasión de aclarar las cuestiones confusas apuntadas.

Estado y normas que reglan el ejercicio de esa potestad, aunque ante la dificultad de diferenciar cuándo atribuyen y cuándo regulan termina admitiendo la existencia de una “zona neutra”, lo que –según afirma el argentino ZAFFARONI– es la confesión de que no se resolvió el problema. Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 195.

897 En PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *El Código Penal, Concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1848, págs. 542 y ss.

898 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 26.

De forma similar, PEDREIRA, citando a BELING, indica que según la doctrina dominante, la inclusión en un determinado código no es criterio suficiente para establecer con garantías de certeza absoluta la naturaleza o carácter de la institución, aunque haya que reconocer al menos que sí sirve como punto orientador de partida. Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 90.

Volvamos ahora a los dos terrenos en los que la determinación de la naturaleza jurídica de la prescripción determina unos u otros efectos: el tratamiento procesal de la institución y determinadas cuestiones relacionadas con el principio de legalidad, principalmente la referente a la posibilidad o no de aplicar retroactivamente las normas que modifiquen la regulación de la institución.

En cuanto al tratamiento procesal de la prescripción, se llega a diferentes soluciones según se afirme su naturaleza sustantiva o procesal. A la afirmación de su carácter sustantivo se asocia la posibilidad de su apreciación de oficio, como se ha venido sosteniendo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma más o menos constante desde la Sentencia de 30 de noviembre de 1963⁸⁹⁹. Siendo una institución de carácter sustantivo, su apreciación de oficio es posible incluso cuando la prescripción no se hubiese alegado como artículo de previo pronunciamiento⁹⁰⁰ mediante el cauce que establece el art. 666 de la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal. También es posible la apreciación de la prescripción en casación cuando no se hubiese hecho anteriormente⁹⁰¹. Y la falta de apreciación de la prescripción merece incluso tutela constitucional, no siendo pocas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la materia, al considerar que, aunque la concurrencia o no en cada caso de la prescripción es materia de legalidad ordinaria (no constitucional), la prescripción afecta también a valores y principios constitucionales⁹⁰². En cambio, si la

899 Es la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790), que contrariamente a la jurisprudencia anterior, vino a admitir la naturaleza material de la prescripción.

900 Así se señala, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 517/2007 de 8 de junio (RJ 2007, 4746).

901 Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia de 28 junio de 1988 (RJ 1988, 5378).

902 Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 195/2009 de 28 de septiembre (RTC 2009, 195): *“Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 63], F. 7; 63/2005, de 14 de marzo [RTC 2005, 63], F. 2; 82/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 82], F. 10; 79/2008, de 14 de julio [RTC 2008, 79], F. 2). Y ello porque, como afirmamos en la STC 157/1990, de 18 de octubre (RTC 1990, 157), F. 3, y recordábamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, F. 2, «la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación*

prescripción tuviese naturaleza procesal, sería en todo caso necesaria su alegación a instancia de parte, y para que pudiese ser estimada, tal alegación debería hacerse, además, en el momento procesal oportuno. Pero aunque sea esto lo que se deduce de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún hoy vigente, tales requisitos han sido del todo disculpados por la jurisprudencia que, como se ha apuntado, admite la apreciación de la prescripción en cualquier estado del procedimiento, incluso de oficio.

En cuanto a las cuestiones relacionadas con el principio de legalidad, la fundamental es la referente a la posibilidad o no de aplicación retroactiva de las normas que regulen los plazos y las condiciones para que pueda operar la prescripción pues, como apunta FERRAJOLI, el principio de irretroactividad de las leyes penales es corolario del principio de legalidad⁹⁰³. El debate en torno a este punto es consecuencia de las distintas reglas generales que disciplinan el ordenamiento sustantivo y el procesal. En primer lugar, existe en Derecho la regla general consistente en que los hechos, sean o no criminales, deben ser enjuiciados mediante la aplicación de las normas sustantivas vigentes en el momento en que tuvieron lugar. Tratándose de delitos, éstos deberán ser enjuiciados según las normas penales sustantivas vigentes en el momento de su comisión. Pero tras la aprobación de la Constitución de 1978, que en su art. 9.3 consagra la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables⁹⁰⁴,

constitucional en el principio de seguridad jurídica", si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996 [TEDH 1996, 47], caso Stubbings , § 46 y ss.), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados»”.

Más recientemente, en Sentencia núm. 49/2014 de 7 abril (RTC 2014, 49), el Tribunal Constitucional ha recordado, con cita de las SSTC 109/2013, de 6 de mayo (RTC 2013, 109) y 192/2013, de 18 de noviembre (RTC 2013, 192), que el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* en virtud del art. 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina el control de la resolución impugnada bajo un canon de motivación reforzada, resultando conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre [RTC 1984, 127], FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo [RTC 1985, 28], FJ 2; 241/1994, de 20 de julio [RTC 1994, 241] , FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre [RTC 2005, 322], FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril [RTC 2008, 57], FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero [RTC 2008, 29], FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio [RTC 2010, 37], FJ 5).

903 FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, págs. 381-382.

904 No obstante, esta garantía no es original de la Constitución de 1978, pues también se encontraba

es claro que tales normas no podrán tener efecto retroactivo, salvo que, como se desprende de la interpretación *a contrario sensu* del precepto –y como expresamente establece el art. 2.2 del Código Penal–, la norma posterior fuese más favorable al reo. En consecuencia, resulta que la norma en vigor en el momento de la comisión del delito sólo será aplicable en el momento de la celebración del juicio en la medida en que posibles modificaciones posteriores no resulten más beneficiosas para el reo, despenalizando la conducta o suavizando de algún modo sus consecuencias legales. Trasladando estas ideas al campo de la prescripción o imprescriptibilidad, si entre la comisión del delito y su enjuiciamiento hubo un cambio normativo, por ejemplo modificando el plazo de prescripción del delito concreto, si se aumentó (incluso haciendo el delito imprescriptible, como sucede con los delitos de terrorismo con resultado de muerte tras la reforma del Código de 2010), deberá observarse el plazo que se señalaba en el momento de su comisión, por ser el más beneficioso para el reo. Pero si el plazo se disminuyó, deberá aplicarse el plazo vigente en el momento del enjuiciamiento.

Las reglas que se acaban de exponer y sobre las que no parece haber discusión, chocan sin embargo con las consecuencias derivadas de considerar que la prescripción del delito tenga una naturaleza procesal. En el Derecho procesal, es un principio profundamente arraigado que el concreto proceso judicial a través del cual las normas sustantivas han de ser aplicadas se ha de regir por las normas procesales vigentes en el momento del enjuiciamiento, según el aforismo *tempus regit actum*. Rige así lo establecido en el art. 2.3 del Código Civil, de aplicación supletoria al resto del ordenamiento jurídico y según el cual “las leyes no tendrán efecto retroactivo, salvo que dispongan lo contrario”⁹⁰⁵. Por eso, si se considera que la prescripción es una institución

en el art. 28 de la Constitución de 1931, que señalaba que “Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración”, aunque luego no fuese respetado durante la dictadura franquista.

905 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ - HORMAZÁBAL MALAREÉ, HERNÁN: *Lecciones de Derecho penal*, Vol. I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 105.

En sentido similar, MIR PUIG afirma que las leyes procesales penales siguen el principio *tempus regit actum*, lo que implica su aplicación retroactiva en el sentido, de que, si se modifica alguna ley procesal penal con posterioridad a la comisión del delito que ha de enjuiciarse, en principio deberá aplicarse la nueva normativa. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte general*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004, pág. 122.

Y en la doctrina alemana, ROXIN afirma que en el derecho procesal no rige la prohibición de retroactividad, de modo que, en la jurisprudencia alemana “es obvio que, desde su entrada en vigor, los

procesal y no sustantiva, deberá aplicarse en el juicio en todo caso la norma vigente en el momento de su celebración, aunque se hubiera aprobado después de la comisión del delito. Pero esta solución no es viable en caso de que el plazo de prescripción se hubiese incrementado o el delito se hubiese declarado imprescriptible, pues el resultado contradiría directamente lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución, que afirma que la misma garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

5.3. Exposición crítica de las distintas justificaciones ofrecidas por la doctrina para fundar sus posiciones respecto de la naturaleza de la prescripción

Se acaban de exponer las razones por las que la decantación por la naturaleza procesal de la prescripción no resulta satisfactoria desde el momento en que, cuando el resultado se pretende incardinar en el conjunto del ordenamiento jurídico, choca con normas de rango constitucional.

Lo anterior no significa, sin embargo, que el ejercicio teórico consistente en determinar la naturaleza jurídica de la prescripción constituya un esfuerzo inútil pues, como estima PEDREIRA GONZÁLEZ, con ello se posibilita también un mejor conocimiento e interpretación de la institución, además de permitir su adecuada ubicación en el sistema jurídico⁹⁰⁶. Es más, aunque hoy en día la indiscutible supremacía de los principios consagrados en la Constitución desaconseje proceder de tal forma para aplicar las normas sobre prescripción de los delitos, hay que reconocer que tal regulación positiva obedece en gran medida a las conclusiones alcanzadas por la doctrina al tratar de determinar tal naturaleza jurídica, poniendo de manifiesto contradicciones o aspectos que necesitaban ser mejorados para favorecer la seguridad jurídica en la aplicación de la ley. Por ello, no está de más hacer un repaso del estado de la cuestión. Comenzaremos con la exposición de las tesis procesalistas.

nuevos preceptos del derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso”. ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 164.

906 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 81.

5.3.1. La prescripción de los delitos desde una perspectiva procesal. Crítica a la concepción de la prescripción del delito como obstáculo procesal y la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como impedimento para conocer la verdad.

Frente a la mayor parte de la doctrina española actual, que defiende la naturaleza material de la prescripción, existe otro sector –hoy minoritario–, que considera que la prescripción del delito es una institución de carácter procesal.

De acuerdo con lo visto en relación con el origen y evolución de la institución en nuestro Derecho, puede decirse que las concepciones procesalistas arrancan, paradójicamente, de la redacción del Código Penal (sustantivo) de 1822, que contaba el plazo de prescripción desde el día siguiente al de la comisión del delito, fijando también este momento como *dies a quo* para reclamar la responsabilidad civil derivada del delito, o como establecía el art. 174, “para demandar los resarcimientos e indemnizaciones”. Y aunque el Código Penal de 1870 recogía la prescripción del delito dentro de las “causas de extinción de la responsabilidad criminal” –concepción ésta que ha llegado hasta nuestro vigente Código de 1995–, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, con una redacción que se ha mantenido también hasta la actualidad, la recogió en su art. 666.3 dentro del catálogo de pretensiones que pueden plantearse antes del inicio del juicio oral y a instancia de parte como artículo de previo pronunciamiento, con la finalidad de depurar el procedimiento de obstáculos que impidan una resolución sobre el fondo del asunto.

Los apuntados inicios de la prescripción en nuestro Derecho codificado han condicionado, sin duda, la visión procesalista de la institución. La tesis procesalista fue sostenida así por el Tribunal Supremo durante el siglo XIX y en los primeros años del XX, en coherencia con la legislación de la época. En consecuencia, la jurisprudencia señalaba la necesidad de su alegación a instancia de parte⁹⁰⁷ y, al amparo de la

907 Puede citarse, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1872, según la cual “*es indudable que al hablar la ley de la prescripción de un delito, no puede menos de entenderse que habla de la acción para perseguirlo*”. En la de 12 de diciembre de 1917, declara el Tribunal Supremo que la ley, al regular la prescripción, “*sólo se refiere al ejercicio de la acción penal*”. Y en la de 7 de febrero de 1923 declara que “*las reglas de la prescripción están limitadas por la ley al ejercicio de la acción y a la extinción de la responsabilidad criminal, no pudiendo los tribunales hacerlas extensivas, como se pretende en el recurso, a otras materias que contradicen el precepto literal de la ley*”.

regulación de la institución en el art. 666 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de esas interpretaciones jurisprudenciales, los comentaristas de la época, en gran medida ligados al ejercicio de la jurisdicción, entendían también que la prescripción no era sino un impedimento a la acción persecutoria penal⁹⁰⁸. Incluso hoy en día, debido a que la regulación de la prescripción contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aunque desnaturalizada por la jurisprudencia, sigue vigente en los mismos términos, el apoyo total o parcial a la tesis procesal suele venir de la mano del tratamiento dispensado a la prescripción en dicho artículo 666⁹⁰⁹.

De este modo, en la literatura jurídica española, como se dijo, han defendido la naturaleza procesal de la prescripción autores como AGUILERA DE PAZ⁹¹⁰, QUINTANO⁹¹¹, JIMÉNEZ DE ASÚA⁹¹² por citar algunos de los autores más relevantes, si bien ya hemos señalado cómo el primero de los citados ya admitía, a comienzos del siglo XX y en base al art. 2 LECrim, que la prescripción debería también poder apreciarse de oficio.

Es menester destacar que aunque en España la concepción en clave procesal de la prescripción no es la idea predominante, no sucede lo mismo en otros países de nuestro entorno. La tesis procesalista es seguida mayoritariamente en Francia, en consonancia con la regulación de la materia en los arts. 6 y ss. del *Code de Procédure Penale*, señalando tal artículo 6 que “L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée”⁹¹³. Pero sobre todo, la consideración de la prescripción como institución

908 Así JARAMILLO GARCÍA, ANTONIO: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. I, Libro I, Salamanca, 1928, págs. 413 y ss.; CUELLO CALÓN, EUGENIO: *El Nuevo Código Penal Español*, Libro Primero, Barcelona, 1929, págs. 260 y ss.

909 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 92.

910 AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo V, págs. 199-214.

911 En este sentido, señalaba QUINTANO que “lo que prescribe, en rigor, no es el delito, sino la acción penal para perseguirlo”. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1946, pág. 465.

912 Para JIMÉNEZ DE ASÚA, “la prescripción en materia penal es un instituto liberador, ora de la acción que nace del delito, bien de la acción que surge de la condena”. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal, Tomo II (Filosofía y Ley penal)*, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

913 Sin embargo, como advierte GILI, a pesar de la consonancia del derecho positivo con el parecer

procesal ha alcanzado notoria importancia en Alemania, donde se adoptó una tesis procesalista defendida por el ex Canciller ADENAUER consistente en que hasta el 1 de enero de 1950, fecha en que los tribunales alemanes comenzaron a funcionar normalmente, no podía considerarse que comenzara a correr el plazo de prescripción. De este modo, podían seguir persiguiéndose los asesinatos cometidos por los nazis que aún no hubieran prescrito⁹¹⁴.

El alemán JESCHECK explica cómo la Novena Ley de reforma del Derecho penal alemán de 1969 aumentó el plazo de prescripción de la acción penal para aquellos crímenes castigados con la pena de privación de libertad a perpetuidad, dando efectos retroactivos a ese aumento para permitir que pudieran continuar persiguiéndose los crímenes de violencia más graves cometidos durante la época nacional-socialista⁹¹⁵. De este modo, se admitía la postura expresada en el Seminario de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Hamburgo en un informe de 5 de febrero de 1965 en el semanario “Die Zeit”, y que fue traducido y dado a conocer en España por GIMBERNAT⁹¹⁶, en el que los juristas firmantes se mostraban favorables a la prolongación de los plazos que aún estuviesen corriendo, considerando por lo general que la prescripción es sólo un obstáculo a la persecución del delito creado por el legislador en base a consideraciones que no afectan a la necesidad de castigo del hecho.

En la doctrina alemana más reciente, ROXIN llega a la conclusión de la naturaleza procesal de la prescripción por descarte de las categorías de la teoría general del delito. Afirma este autor que la adscripción de un hecho al Derecho material

doctrinal, aparecieron en Francia, como signos de desvinculación, el ante-proyecto de Código Penal de 1976 y el Proyecto de 1986, regulando ambos textos sustantivos tanto la prescripción de la acción como de la pena. Lo cual viene a poner una vez más de manifiesto que la inclusión de la prescripción en un determinado Código no es un punto de partida absolutamente fiable para deducir criterios que permitan la resolución de problemas aplicativos concretos. Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 29.

914 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

915 JESCHECK, HANS-HEINRICH: «La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, págs. 629-642.

916 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

depende de su “vinculación al acontecer del hecho”, de tal modo que son elementos de la punibilidad los que pertenecen al complejo del hecho y son presupuestos de procedibilidad las circunstancias ajenas al complejo del hecho. La prescripción sería un presupuesto de procedibilidad, ya que se encuentra “totalmente fuera de lo que sucede en el hecho”⁹¹⁷. Sin embargo, a nuestro juicio, tal teoría tiene un importante punto débil, pues la punibilidad o condición de punible de un hecho no corresponde a la realidad del hecho, sino a la valoración que la ley ha hecho de ella. La punibilidad como categoría del delito no es, por tanto, una realidad que dependa del autor, sino que es una valoración que hace otro, el Estado, a través de la ley, de aplicación general. Pero para que la punibilidad sea predicable del hecho concreto, es necesario que éste sea enjuiciado y probada su existencia y su autoría, por lo que en ese intervalo de tiempo es posible que incluso haya cambiado su calificación valorativa, incluso que haya dejado de ser punible. Resulta, por tanto, que no todo es hecho o proceso, sino que cabe una modificación de las normas valorativas de los hechos que necesariamente ha de tener su reflejo en el proceso al ser éste su único cauce de aplicación, lo cual no significa que todo lo que no se vincule al hecho concreto sea procesal.

En España, entre los autores más actuales que han defendido la tesis procesal cabe destacar a BANACLOCHE PALAO quien, aludiendo a las dificultades de prueba que conlleva el paso del tiempo, ha definido la prescripción penal como “una excepción de carácter procesal que pone de manifiesto la existencia de un óbice de procedibilidad que impide, en primer término, celebrar un juicio adecuado, y en cualquier caso, dictar una sentencia justa”, sosteniendo que se trata de “un óbice de procedibilidad que, por la peculiar configuración del proceso penal, se convierte de hecho en un óbice de punibilidad; pero esta circunstancia no debe impedir que se le reconozca la que es su verdadera identidad: la de excepción procesal penal”⁹¹⁸.

917 ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 988 y 989.

918 BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de derecho procesal*, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320.

La misma definición es aceptada por MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN: *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 42.

5.3.1.1. Crítica a la concepción de la prescripción del delito como obstáculo procesal. La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como impedimento para conocer la verdad

Según nuestro modo de ver, la corriente doctrinal que se limita a considerar que la prescripción es un óbice de procedibilidad cuya concurrencia impide entrar a celebrar el juicio es correcta sólo parcialmente, pues éste es su reflejo en el ámbito del proceso si se llegara a iniciar, pero la prescripción se habrá producido extraprocesalmente, por el transcurso del tiempo sin proceso por más que haya de ser judicialmente reconocida dentro del mismo.

Desde luego, las posturas procesalistas son coherentes con el tenor literal de la regulación de la prescripción en Ley de Enjuiciamiento Criminal, que desde 1882 cita la prescripción del delito como una de las cuestiones a plantear como artículo de previo pronunciamiento con anterioridad a la apertura del juicio oral, en lo que posteriormente la doctrina ha venido en llamar la fase intermedia del proceso penal. Sin embargo, en contra de la tesis procesalista, además de la regulación más extensa de la institución en el Código Penal, como se ha expuesto, el sentido de su regulación en la LECrim ha sido profundamente revisado por la jurisprudencia, siendo la modificación más importante la admisión de que la prescripción pudiese apreciarse de oficio. Esta posibilidad -aunque en su momento supuso un avance en la aceptación de la concepción innovadora del proceso penal según la cual las autoridades debían consignar tanto los hechos perjudiciales como favorables para el reo (art. 2 LECrim)-, insistía sin embargo en un proceso penal que se centraba esencialmente en la figura del reo, sin atender a otras posibles finalidades legítimas que hoy se abren paso en la legislación, como es la protección de las víctimas y perjudicados por el delito⁹¹⁹, que más allá de ser resarcidos

919 En este sentido, GIMENO SENDRA defiende que la tradicional concepción del proceso penal como el instrumento que la jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del “*ius puniendi*” del Estado –y que aún hoy en día es la habitualmente manejada–, debe ser matizada o revisada. El proceso penal se erige hoy en un instrumento neutro, pues no sólo debe estar orientado a castigar, sino que también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente, derecho fundamental y un valor superior del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución española, sin que haya que desconocer la función de reinserción que debe asumir el proceso penal contemporáneo. Pero por otro lado, el proceso penal ha de convertirse también en un instrumento útil de reparación a la víctima, sin que se alcance a comprender, desde un punto de vista estrictamente constitucional, que esta reparación haya de estar subordinada a la función de actuación del *ius puniendi*. “Ciertamente lo está, en tanto que, sin delito no hay «fuente» de la obligación civil (aunque tampoco se nos oculte que no es el delito sino el acto antijurídico la causa de la pretensión resarcitoria, como lo demuestran los cada vez más numerosos –sobre todo en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico vial– fallos absolutorios con pronunciamiento de condena por responsabilidad objetiva), pero, atendiendo al art. 24 CE, tan derechos fundamentales son los del imputado a la libertad y de defensa, como el del perjudicado a la tutela judicial

con la máxima celeridad posible, también deberían poder conocer la verdad de lo sucedido respecto de determinados hechos. En concreto, el entendimiento de la prescripción como una institución de carácter predominantemente material no impide que siga en vigor el art. 675 LECrim, que conduce al sobreseimiento libre sin que se pueda conocer en el proceso penal la verdad de lo sucedido, lo cual resulta especialmente frustrante en delitos como los de terrorismo.

Cierto es que no sólo la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también el Código Penal, cuando regula la prescripción de los delitos, contribuye a esta concepción del proceso penal enfocada únicamente al delincuente. Al señalar el texto del Código que la prescripción extingue la responsabilidad criminal (art. 130.1.6ª) y siendo la constatación del hecho y su autoría y la consecuente declaración responsabilidad penal el presupuesto para la condena a la responsabilidad civil⁹²⁰, dado que puede producirse la extinción de responsabilidad penal fuera del proceso por el mero transcurso del tiempo sin actividad procesal, resulta que el proceso penal, concebido únicamente como medio para declarar tal responsabilidad criminal, habrá quedado carente de objeto al producirse la prescripción. Estas injustas situaciones de desprotección se evitarían -sin necesidad de llegar a establecer la imprescriptibilidad de todos los delitos- introduciendo mecanismos que posibilitasen la celebración del juicio oral -aun considerándose extinguida la responsabilidad criminal por falta de necesidad de pena, sin perjuicio de tener que establecer plazos iguales y prefijados-, para determinar las responsabilidades civiles y, además, para establecer una verdad judicial de lo sucedido que dignifique a las víctimas y perjudicados. Y ello sin perjuicio, como decimos, de que luego, atendiendo a la imposibilidad de que la pena cumpla ya con sus fines, ésta no se ejecute sobre la persona del reo.

Y es que en la actualidad, el resultado último de la prescripción, esto es, el sobreseimiento de la causa una vez comprobada su concurrencia, no se compadece en

efectiva u obtención de una eficaz y rápida satisfacción de su pretensión resarcitoria”. Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3ª edición, 2013, págs. 37 y ss.

920 Como establece el art. 109.1 CP, “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”. Asimismo, el art. 116.1 CP establece que “Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”. La previa declaración de responsabilidad penal es por tanto presupuesto para poder exigir la responsabilidad civil derivada del delito.

absoluto con la víctima o perjudicado por el delito, al que se fuerza a acudir a la jurisdicción civil, por lo general más lenta, si es que quiere obtener el resarcimiento económico de los daños sufridos. Asimismo, se echa en falta –sobre todo respecto de los delitos más graves, como los de terrorismo–, que la víctima pueda obtener una resolución judicial que recoja el relato de lo sucedido e incluso eventualmente que esclarezca la realidad de los hechos.

Por otro lado, al afirmar que la prescripción tiene carácter procesal, únicamente se está atendiendo a los efectos que ésta produce en el proceso, pero no a lo que sucede con el delito, que en puridad se extingue al desaparecer el elemento que lo define: la punibilidad. En este sentido, COBO DEL ROSAL no cree que “se pueda hablar, seriamente, de prescripción de la acción penal, y menos de su equivocada caducidad”. Afirma este autor que “aquí no prescribe ninguna acción, aquí lo que prescribe y se extingue y desaparece, por así decir, es el delito. Lo demás, son, perdón por la expresión, sandeces. En el sistema español lo único que se olvida es el delito cometido, que se extingue, que desaparece, y al desaparecer el delito, pues, no hay acción penal de ninguna clase. Es como si nada hubiera sucedido penalmente y, por tanto, ni hay pena, ni acción ni persecución de ninguna clase”⁹²¹. La postura de COBO DEL ROSAL en relación con la “naturaleza jurídica” de la prescripción es así, naturalmente, coherente con su concepción del delito como hecho esencialmente punible, pues “un delito sin punibilidad, un delito no punible, carece de sentido y en rigor no existe y, esto no obstante, un delito sin pena, no penado, es algo absolutamente irreal e ilógico, de acuerdo con nuestra legislación vigente”⁹²².

921 COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 656.

922 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 201. No considera, por tanto, que la punibilidad sea un elemento constitutivo del delito, sino una categoría meramente conceptual que sirve para poder definirlo. Sin embargo, viene a distinguir entre punibilidad en abstracto y punibilidad en concreto, entendiendo que la prescripción afecta a la punibilidad concreta del hecho, entendida como posibilidad de que la infracción resulte efectivamente penada, pero no a la condición abstracta de punibilidad de la infracción, que es una condición básica para que el delito exista y que debe entenderse como posibilidad legal de referencia y aplicación de la pena. Cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, págs. 10-53. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293>

De ahí que sostenga COBO, con VIVES ANTÓN, que “conceptualmente está clara la necesidad, como ya se ha dicho, de la utilización de la punibilidad (punible), entendida como posibilidad legal de pena. Por el contrario, esto no configura un nuevo elemento sistemático, o al menos un elemento tal no es

Hay que mencionar, no obstante, que cuando COBO DEL ROSAL estudia la punibilidad como elemento de la Teoría del delito, distingue entre punibilidad *en concreto* y *punibilidad en abstracto* (pues en definitiva *un delito no punible no sería un delito*), entendiendo que la prescripción excluye esta última, por lo que la concibe como una institución de Derecho penal sustantivo, al constituir en síntesis una causa de exclusión de la pena que no sólo incide sobre la persecución procesal del delito, sino que supone la renuncia del Estado a ejercer su poder punitivo, donde radica su verdadera importancia⁹²³.

Autores anteriores, al no considerar expresamente tal diferenciación entre punibilidad *en abstracto* y *en concreto*, procedente de la doctrina italiana, han estimado sin más que la prescripción no hace desaparecer el delito, y en consecuencia afirman la persistencia de sus efectos. En este sentido, afirmaba FERRER SAMA que el delito, “como hecho y como transgresión de la ley, no puede extinguirse por efecto del tiempo”⁹²⁴. Y QUINTANO, adoptando una postura claramente procesalista, hoy superada, sostenía que “lo que prescribe, en rigor, no es el delito, sino la acción para perseguirlo”⁹²⁵.

Más recientemente, siguiendo la postura de COBO DEL ROSAL, PEDREIRA GONZÁLEZ ha afirmado que “una conducta antijurídica no puede convertirse en conforme a Derecho por el mero transcurso del tiempo. El contenido de injusto, dado que presenta un juicio de valor sobre el comportamiento realizado, no se modifica por el

necesario. Delito es hecho punible, pero no inexorablemente *penado*, aunque los que lo sea son, en realidad, delito. *La punibilidad, por consiguiente, es una nota conceptual, pero no un elemento de la estructura del delito*”. Y ello por carecer la punibilidad de las funciones sistemática e interpretativa en la estructura del delito. Cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 201 y 202.

923 Sobre la punibilidad como categoría de la teoría del delito, cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», Estudios Penales y Criminológicos, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, págs. 10-53. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293>

Sobre la prescripción, cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 956; COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 654.

924 FERRER SAMA, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Murcia, 1947, pág. 413.

925 QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 465.

simple transcurso temporal; o si se prefiere, un hecho injusto no puede transformarse en justo sin más, como si fuera posible reconocer en la prescripción una «causa de justificación sobrevenida». Ello es tanto como afirmar que alguien que mató a otra persona hace algunos años, por el mero transcurso del tiempo y sin concurrir en su momento ningún interés prevalente digno de valoración, ha actuado de forma justa o conforme a Derecho”⁹²⁶.

Por lo expuesto, resulta claro, a nuestro juicio, que la prescripción no afecta al delito como hecho del pasado, que no resulta negado o extinguido, sino únicamente a la pena o medida de seguridad, que ya no podrán ser impuestas. Ciertamente, seguirán intactas –como categorías del delito vinculadas al hecho histórico y por tanto inamovibles– la antijuridicidad y la culpabilidad. Pero si, por razones de conveniencia político-criminal, la prescripción excluye la punibilidad y ésta se considera, dogmáticamente, el elemento determinante de la existencia del delito –como hace COBO DEL ROSAL–, no puede sino concluirse que tal delito (conceptualmente equivalente en Derecho penal a *hecho punible*) desaparece, por más que el hecho histórico sea imborrable y que sus efectos materiales puedan persistir. Y esta precisa razón justificaría una nueva concepción de la institución que permita el enjuiciamiento de los hechos para lograr las finalidades antes apuntadas de protección de las víctimas y establecimiento de una verdad judicialmente declarada, aunque por razón del tiempo transcurrido, al haberse extinguido por prescripción la punibilidad del hecho concreto, no se imponga la pena al reo.

5.3.1.2. Sobre la prescripción como institución procesal y la consideración de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad para permitir su enjuiciamiento (como imprescriptibles) por la Corte Penal Internacional.

En los últimos tiempos, pese a que en nuestro Derecho la prescripción es considerada mayoritariamente una institución de Derecho sustantivo, han recobrado auge las posturas procesalistas, en el ámbito del Derecho internacional, precisamente en

926 PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «La prescripción de las infracciones penales. Problemas que plantea la regulación vigente y su respuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 23 de julio de 2009 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», núm. Vol.: 46/ 2009, Control: CF0904601, Colección: Cuadernos Digitales de Formación, Publicación: *Novedades legislativas en el orden penal*, <http://www.poderjudicial.es>

defensa de la imprescriptibilidad de determinados delitos como son los de terrorismo, que algunos pretenden equiparar a otros considerados imprescriptibles en los tratados internacionales. En este sentido, los Profesores FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y BOU, que abogan por la inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales de la competencia de la Corte Penal Internacional, estimando que la imprescriptibilidad no afecta a disposiciones materiales (esto es, a la tipificación de la acción como delito en el Derecho nacional), sino a disposiciones procesales (lo que únicamente afectaría al tiempo durante el cual los tribunales pueden perseguir el delito). De esta manera, se llegaría incluso a que “teniendo esta competencia los tribunales nacionales con anterioridad a la existencia de la Corte Penal Internacional, la adopción de la enmienda en cuestión (la que permite tildar de crimen internacional al terrorismo) les afectaría no tanto respecto del alcance material de su competencia o jurisdicción, pero sí en el carácter imprescriptible del crimen en cuestión”, concluyendo “que esta situación ‘(...) afectaría a los actos de terrorismo cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la enmienda en cuestión’”⁹²⁷.

Sin embargo, en nuestra opinión, los efectos pretendidos con esta concepción de la prescripción suponen la aplicación retroactiva de normas desfavorables, lo que es contrario a los principios más elementales del Derecho Penal, como son el de legalidad penal y el de la prohibición de las disposiciones sancionadoras desfavorables que nuestra Constitución recoge en el art. 9.3. En este mismo sentido se han pronunciado autores como MANZANARES SAMANIEGO⁹²⁸ o MIR PUIG⁹²⁹.

927 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, CARLOS - BOU FRANCH, VALENTÍN: *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, COVITE y Fundación Víctimas del Terrorismo, MINIM agencia edicions, 2009, pág. 116. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/55027/Inclusi%C3%B3n%20del%20terrorismo.pdf?sequence=1>

928 Ante la propuesta de UPyD, pactada con el PP y apoyada por el PSOE, para que la Corte Penal Internacional considere los delitos de terrorismo como crímenes contra la humanidad, lo que evitaría su prescripción, el Consejero Permanente de Estado que fuera Magistrado del Tribunal Supremo, Abogado del Estado y Profesor Titular de Derecho Penal MANZANARES SAMANIEGO –evidentemente considerando estos principios aunque no los mencione expresamente– señala la imposibilidad de aplicación retroactiva de modificaciones legales de este tipo, afirmando que “la materia no se presta a los fuegos artificiales. Los delitos de terrorismo anteriores a 2010 prescriben en España porque así lo quisimos nosotros. Y lo mismo ocurre desde entonces, por idéntica razón, con los que no costaron la vida de ninguna persona”. En el mismo artículo afirma que “Nuestros delitos de terrorismo, que deben ser los que más nos preocupen, no prescribirían si esa hubiera sido la voluntad del legislador español en algún momento desde que empezaron los asesinatos etarras hasta hoy. Nada se hizo, sin embargo, como nada se hizo tampoco para prevenir las escandalosas excarcelaciones que la muy endeble doctrina Parot trató de impedir demasiado tarde”. MANZANARES, JOSÉ LUIS: «El terrorismo y los fuegos de artificio»,

Junto con ello, consideramos que debe tenerse en cuenta que los delitos cuyo conocimiento se atribuye a la Corte Penal Internacional lo son para evitar la impunidad de aquellos criminales que actúan desde el poder del Estado que controla la legalidad positiva, o sirviéndose de estructuras paralelas o afines al mismo, de modo que así se evita que tales acciones queden impunes mediante leyes de amnistía o similares (por ejemplo, declarando la prescripción). Al fundamento de la imprescriptibilidad de los delitos en el ámbito internacional dedicaremos otro capítulo. Por ahora, basta con señalar que la imprescriptibilidad, como garantía del castigo con independencia del tiempo transcurrido, impidiendo la impunidad, vendría en definitiva a desplegar efectos de prevención general, al saber los autores de estos crímenes que por mucho que el Derecho interno de su Estado les proteja, no podrán acogerse a pretendidas inmunidades de Derecho internacional.

Sin embargo, como ya se ha dejado sentado, el concepto jurídico del terrorismo manejado en España presenta un carácter claramente subversivo, de modo que la violencia empleada para la consecución de finalidades políticas lo sitúa en un plano ilegítimo frente a la legitimidad del poder constituido. De este modo, salvo en el impensable supuesto de que una organización o grupo terrorista lograra hacerse con el poder en nuestro país, no cabe pensar en una situación en la que España necesitase recurrir a la jurisdicción complementaria de Tribunales Internacionales para castigar a los autores de los delitos de terrorismo contra su propio Estado. Siendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional complementaria de la de los Estados miembros en el Tratado que la regula, acudir a dicho Tribunal para que juzgue los delitos de terrorismo cometidos en España implicaría asumir que el Estado, por las razones que fuere, no se encuentra en situación de juzgarlos.

El 17 de febrero de 2014, COVITE (Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco) presentó una denuncia ante Corte Penal Internacional⁹³⁰, en la que se

artículo publicado el 11 de marzo de 2014 en el Blog “El Clavo”, República.com. <http://www.republica.com/el-clavo/2014/03/11/el-terrorismo-y-los-fuegos-de-artificio/>

929 Sobre la imposibilidad de aplicación retroactiva de la reforma, MIR PUIG, CARLOS: «Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación», en Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (Tribuna y Boletín de la FICP) N° 2013-1 (mayo), págs. 234-255. http://www.ficp.es/media/DIR_42312/57d08b8e8388ab7efff80d7fff8709.pdf

930 La Comunicación de COVITE al Fiscal de la Corte Penal Internacional puede descargarse en la siguiente dirección: <https://drive.google.com/file/d/0B8lscQcayf3KcXE4V0lnb0lBRWs/edit?pli=1>

fundamenta la necesidad de que el alto tribunal inicie una investigación que lleve a altos responsables de ETA y de la izquierda abertzale a ser juzgados por crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y de genocidio imprescriptibles, en virtud del artículo 6 y artículo 8 apartado 2 c y e del Estatuto de Roma, y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968 (y Convenios de Ginebra). Se argumenta en la Comunicación al Fiscal de la Corte Penal Internacional que ETA ha utilizado una estrategia de “desdoblamiento orgánico estructural”, tal y como se señala en la Sentencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo emitió en 2009⁹³¹. El Colectivo, en virtud del artículo 7 del Estatuto de Roma, señala que los crímenes de lesa humanidad que deben ser enjuiciados son los siguientes: 292 asesinatos selectivos (entre asesinatos consumados y en grado de tentativa), la persecución de al menos 40.000 personas pertenecientes a un grupo o colectividad social con identidad propia fundada

931 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Herri Batasuna y Batasuna contra España por la disolución e ilegalización debido a la aplicación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos. Sentencia de 30 junio 2009 (TEDH 2009, 70). En esta Sentencia se declara que no ha habido violación del artículo 11 del Convenio (libertad de reunión y de asociación), así como que no ha lugar a examinar separadamente las quejas relativas al artículo 10 del Convenio (libertad de expresión).

La doctrina del desdoblamiento de funciones tiene como presupuesto la unidad de sujeto ETA/BATASUNA, que se repartían las tareas a realizar para la consecución de sus objetivos en virtud de una táctica denominada como “desdoblamiento estratégico” o “desdoblamiento funcional”, ideado por la banda terrorista. Cfr. Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), Sentencia de 27 marzo 2003 (RJ 2003, 3072) y Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ), Auto de 30 marzo 2011 (RJ 2011, 7364). En la primera de las mencionadas se explica que la realidad de la estrategia del desdoblamiento “se desprende, sin que quede lugar a la duda, de la propia documental existente en Autos. Así, el documento denominado «KAS Bloque Dirigente», tantas veces referenciado, bajo el título «Acerca del desdoblamiento», expresa que fue esencialmente en el debate producido en ETA en 1974, que trajo como consecuencia la escisión, y posteriormente en la VII Asamblea de ETA (Político-Militar) en 1976, el momento en el que surgió «el rechazo autocrítico a continuar ejercitando una actividad de masas y una actividad armada bajo el prisma de la unidad orgánica». En dicho documento se destaca que «lo importante al respecto es constatar que nace del propio seno de ETA la iniciativa a formular ese desdoblamiento orgánico-estructural entre la actividad armada y la actividad de masas que, en el transcurso del tiempo, irá dando paso al ordenamiento concreto en el ámbito de la izquierda abertzale de partidos políticos y organismos obreros y populares». Añade luego, ese mismo documento, la mención que sigue: «Así y todo, en la medida del repliegue de actividades de ETA al campo exclusivo de la lucha armada, veíamos claro que se producía una pérdida de capacidad para el ejercicio de esa Dirección entre las masas» (pg. 38), una situación que, como ya ha sido visto, conduce a la creación de la organización delegada KAS”.

en motivos políticos o nacionales (Ararteko, 2009)⁹³², y el traslado forzoso de alrededor de un 10% de la población vasca⁹³³.

Para que prospere esta denuncia ante la denuncia ante la Corte Penal Internacional, de competencia subsidiaria o complementaria a la de los Estados, es necesario que exista un “patrón de impunidad”⁹³⁴ que, según la denuncia, derivaría de las negociaciones del Gobierno socialista con dirigentes terroristas, aunque no alude a las negociaciones anteriores del Gobierno del Partido Popular con ETA.

Sin embargo, a nuestro juicio, no puede decirse que en España se haya dado tal “patrón de impunidad”, ni tampoco lo sucedido encaja en los tipos penales previstos en el Estatuto de la Corte, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes⁹³⁵, que conforme al art. 9 del Estatuto de la Corte, deben “ayudar” a la Corte en la interpretación y aplicación de los arts. 6 al 8, esto es, del núcleo de crímenes recogidos en el Estatuto (“core crimes”). Tales Elementos del crimen constituyen así una fuente jurídica secundaria frente a los crímenes recogidos en el Estatuto y están sometidos a la interpretación por parte de la Corte, cumpliendo una función declarativa y de sistematización.

Pues bien, teniendo en cuenta tal caracterización de los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional, no puede decirse que los crímenes de ETA constituyan un

932 El Ararteko es el alto comisionado del Parlamento para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución garantizándolos de acuerdo con la Ley, velando porque se cumplan los principios generales del orden democrático contenidos en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía, conforme establece el art. 1 de la Ley 3/85, de 27 de febrero, por la que se crea y regula la institución del “Ararteko”. (BOPV nº 63, de 22 de marzo de 1985).

933 Cfr. COVITE (Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco): Boletín interno de 1 de marzo de 2014. http://www.covite.org/descargas/COVITE_marzo_2014.pdf

934 Se alega así una “falta de investigación real efectiva”, desobedeciendo lo dispuesto en el Auto Judicial del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de Madrid, de 16 de octubre de 2002, Sumario 35/2002 (NIG: 0000220003579/200, 78300, de ETA-Batasuna- Herriko Tabernas), que pretendía investigar y perseguir los crímenes de lesa humanidad cometidos por ETA-BATASUNA. Este Auto dictado por BALTAZAR GARZÓN decía que “*La segregación de una parte de la población de derecho de un territorio por razón de su origen étnico o geográfico o de su presunta adscripción ideológica es, no solamente inadmisibles en un Estado de Derecho, sino, además, una conducta delictiva reflejada en el Código Penal, e incluso, como crimen contra la humanidad en el Estatuto de Roma de la CPI (artículo 7) de 17 de julio de 1998*”.

935 Cfr. *Elementos del Crimen para la Corte Penal Internacional (Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Elements of Crimes)* (PCNICC/2000/INF/3/add.2, 6.7.2000) http://www.icls.de/dokumente/icc_elements_crime.pdf

delito de genocidio, pues de los cuatro requisitos exigidos en el art. 6 de los “Elementos”, sólo se cumpliría el primero, esto es, “Que el autor haya dado muerte a una o más personas”, faltando los otros tres:

- “Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado”.
- “Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”.
- “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”.

En este sentido, no parece que pueda afirmarse que las numerosas víctimas de los crímenes de ETA pertenezcan a un grupo nacional, étnico, racial o religioso diferenciado del que pueda corresponder a los propios victimarios.

Tampoco puede decirse que estos crímenes constituyan crímenes de lesa humanidad, pues ello requiere que, conforme al art. 7.3 de los “Elementos”, el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil, que no tiene por qué ser militar. Luego se aclara que “La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y *que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización*”⁹³⁶ (la cursiva es nuestra). Pero por encima incluso de que no pueda afirmarse que la supuesta omisión del Estado de su obligación de investigar “apunte

936 Según el art. 7.3 (U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000)) “Por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”.

En subíndice se aclara que “La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

conscientemente a alentar el ataque”, tampoco cabe en modo alguno situar en el mismo plano “Estado” y “organización”. Es claro que la norma emplea ambos términos como sinónimos, en el sentido de actores que disponen del uso de la fuerza legítima. Dentro del término “organización” no cabe por tanto entender que cabe una organización terrorista de tipo subversivo.

Tampoco encajan los crímenes de ETA en la descripción de “crímenes de guerra”, pues éstos, conforme al art. 8 de los Elementos, “serán interpretados en el marco establecido del derecho internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar”. Es claro que no nos encontramos ante un conflicto armado.

En definitiva, los crímenes de ETA no se adecúan a los delitos competencia de la Corte Penal Internacional tal y como se han definido y que, además, coinciden sustancialmente con lo dispuesto en el Código Penal español⁹³⁷, por lo que carece de sentido la aplicación subsidiaria de la jurisdicción internacional salvo, claro está, que se considere que ha habido una connivencia del Estado con la organización terrorista para cometer tales crímenes.

También si atendemos a nuestro Código Penal, observamos que, sistemáticamente, estos delitos se encuentran ubicados en el Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), el sentido de las palabras empleadas en la redacción de tal Título no se adecúa a las conductas terroristas, que por su parte tienen su propia tipificación en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II. Por ejemplo, cuando el art. 607.2.4º castiga “Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción”, parece que lo sucedido en el País Vasco, sin perjuicio de su gravedad, con nuestro Derecho actual, no puede atribuirse penalmente a una persona determinada la acción en su sentido literal de “deportar” o “trasladar”, pues los terroristas, en términos estrictos

937 No en vano, el art. 607 bis de nuestro Código Penal, donde se recogen los delitos de lesa humanidad, y que integra el Capítulo II bis del Título XXIV del Libro II, fue introducido por la Ley Orgánica 15/2003, que precisamente, según su Exposición de Motivos, tenía la finalidad de “coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”. Cfr. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con vigencia desde el 1 de octubre de 2004. «BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, páginas 41842 a 41875. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538>

de dogmática penal, no “deportan” ni “trasladan”. Sólo la expresión “otros actos de coacción” podría dar cabida a la acción en el tipo pero, en cualquier caso, la alusión a los “motivos autorizados por el derecho internacional” pone de manifiesto que el tipo está previsto para su comisión por actores reconocidos como autoridades con capacidad para ello en el Derecho internacional, por lo que no nos parece que se pueda atribuir a miembros de una organización terrorista o terroristas individuales.

Finalmente, considerar que los delitos de terrorismo cometidos por ETA en España –por graves y aberrantes que sean– son un subtipo de los delitos de lesa humanidad haría inútil toda la regulación de los delitos de terrorismo en el Código Penal. La admisión de esta posibilidad tendría consecuencias absurdas, tales como que todos los condenados por aplicación de tales tipos penales de terrorismo lo habrían sido por aplicación de un tipo penal que deja de existir y, en consecuencia, deberían ser excarcelados por aplicación retroactiva de la norma más favorable.

Cabe asimismo mencionar que portavoces de las asociaciones judiciales Jueces para la Democracia, Francisco de Vitoria y Foro Judicial Independiente manifestaron ante los medios de comunicación que esta denuncia no podría prosperar, toda vez que la el Código Penal español ya castiga el terrorismo, la Justicia española ha investigado hasta la saciedad a ETA, y su actividad y la de Batasuna no encaja en la competencia de la Corte Penal Internacional⁹³⁸.

938 El portavoz de Jueces para la Democracia, Joaquín Bosch, consideraba que se debe separar la repugnancia que puedan provocar los crímenes terroristas de ETA de la calificación jurídica concreta, ya que, en su opinión, no debe determinarse desde un punto de vista emocional sino jurídico, y las actuaciones de ETA y de Batasuna no tienen a su juicio encaje jurídico en los crímenes de lesa humanidad, que están pensados para supuestos diferentes, recordando que el Código Penal español castiga el terrorismo y los delitos relacionados con el mismo. Para el portavoz de la asociación judicial Francisco de Vitoria, Marcelino Sexmero, “las víctimas merecen todo el respeto pero no por ello tienen siempre razón”, destacando que la justicia española ha investigado hasta la saciedad a ETA y sigue haciéndolo, y estimando que esta iniciativa no tiene ningún encaje jurídico. El portavoz de Foro Judicial Independiente, Ángel Dolado, por su parte, destacó que España tiene una jurisdicción que funciona a pleno rendimiento sometida al Código Penal español, afirmando que es complicado que prospere la iniciativa de Covite, ya que, es muy extraño que la investigación de ETA y Batasuna encaje en la competencia del tribunal internacional. Cfr. Diario “El País”, 17 de febrero de 2014: «Jueces ven difícil que La Haya investigue a ETA por crímenes contra humanidad» (autor no citado por el medio). http://politica.elpais.com/politica/2014/02/17/actualidad/1392649756_875158.html

5.3.2. *Naturaleza material de la prescripción del delito. Toma de posición y consecuencias.*

Frente a la consideración procesalista de la institución que impera en Francia y Alemania, la concepción de la prescripción como una institución de naturaleza material es la tendencia que mayoritariamente se sigue en la doctrina italiana, suiza y austriaca, apoyándose en la regulación que de la institución se hace en los artículos 157 y ss., 7º y ss. y 57 y ss., respectivamente, de sus Códigos Penales⁹³⁹.

También en España, debido a que la regulación de la prescripción en el Código Penal es más extensa que la escueta referencia a la misma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a la evolución que ha sufrido la institución por vía jurisprudencial –pasando de la necesidad de su alegación a instancia de parte a la posibilidad de que sea apreciada de oficio⁹⁴⁰–, la balanza se ha decantado hacia este lado, siendo habitual que la doctrina defienda en la actualidad que se trata de una institución de derecho material o sustantivo. Así, en nuestra literatura jurídica, han defendido la naturaleza material de la prescripción del delito DEL TORO⁹⁴¹, MORILLAS CUEVA⁹⁴², COBO DEL ROSAL junto con VIVES ANTÓN⁹⁴³, MUÑOZ CONDE⁹⁴⁴ y MIR PUIG⁹⁴⁵ entre otros muchos.

Como se dijo al tratar sobre la evolución histórica de la regulación sobre prescripción e imprescriptibilidad, el cambio de rumbo de la doctrina española vino de

939 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 29. Aunque destaca GILI que en Italia no siempre ha imperado la tesis material a pesar de su constante inclusión en el Código sustantivo. En el cambio de orientación ha influido de manera determinante que mientras que el Código Penal de 1889, en su artículo 91, refería la prescripción a la acción penal, condicionando a la doctrina de la época en pro de la concepción procesal, el artículo 157 del Código vigente afirma que la prescripción extingue el delito, elemento utilizado desde entonces para sostener el carácter material de la prescripción.

940 Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 (RJ 1963, 4790).

941 DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I, Barcelona, 1978, pág. 675.

942 MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, pág. 43.

943 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 748.

944 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO - GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal, Parte General* 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 422.

945 MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, págs. 773 y ss.

la mano del Código Penal de 1932, pues hasta ese momento nuestra legislación se había caracterizado por una enorme confusión y contradicción en este punto, propiciada por las constantes alusiones a la “acción criminal y” y a la fijación del *dies a quo* en el momento del descubrimiento del delito, lo que determinaba que la doctrina se inclinara por la tesis procesal⁹⁴⁶.

Desde una perspectiva material, la prescripción del delito se puede explicar a partir de los fines de la pena, pues, como apunta CEREZO MIR, el sentido y la tarea del Derecho penal depende, en definitiva, en averiguar la justificación, la función y el fin de ésta⁹⁴⁷. Y dado que el Código Penal cita la prescripción del delito como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal en su artículo 130, la inmensa mayoría de autores la estudian junto con las demás citadas en el mismo: la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, el indulto, el perdón del ofendido cuando la Ley así lo prevea y la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

Pero también puede defenderse la naturaleza material de la prescripción atendiendo a la noción misma del delito, si bien no todos los autores que mantienen que la prescripción es causa de exclusión de la pena le atribuyen los mismos efectos sobre la estructura del delito. Esto dependerá del papel que cada autor asigne a la punibilidad en dicha estructura⁹⁴⁸.

946 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 87.

947 Cfr. CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 21.

948 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 89. Destaca PEDREIRA que se trata de un tema muy tratado por la doctrina italiana debido a que el art. 157 de su Código Penal señala expresamente que “la prescripción extingue el delito”, lo que ha motivado la atención de los autores por esta cuestión.

En este sentido, como ya se mencionó, merece ser destacado el criterio de COBO DEL ROSAL, que al estudiar la punibilidad como elemento de la Teoría del delito, distingue entre punibilidad *en concreto* y punibilidad *en abstracto* (pues en definitiva un delito no punible no sería un delito), entendiendo que la prescripción excluye esta última y concibiéndola como una institución de Derecho penal sustantivo, al constituir en síntesis una causa de exclusión de la pena que incide no sólo sobre la persecución procesal del delito, sino que su auténtica importancia es la renuncia del Estado a ejercer su poder punitivo. Sobre la punibilidad como categoría de la teoría del delito, cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», Estudios Penales y Criminológicos, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, págs. 10-53. En internet en:

Pese a que existen algunos autores que consideran que la naturaleza material de la prescripción deriva de su consideración como causa de exclusión del injusto –al dejar de ser necesaria la pena porque el transcurso del tiempo hace que la sociedad no la sienta ya como necesaria al haber dejado el hecho de ser dañino⁹⁴⁹–, no parece que la naturaleza material de la prescripción pueda derivar de su ubicación en la antijuridicidad pues, en cualquier caso, por el mero transcurso del tiempo un hecho antijurídico no deja de serlo para pasar a ser conforme a derecho⁹⁵⁰.

Si resultase necesario decantarse por una de las dos opciones sobre las que se debate la doctrina, lo lógico, atendiendo al efecto que produce, sería aceptar la naturaleza material de la prescripción del delito, que derivaría de su incardinación en otra categoría de la teoría del delito distinta de la antijuridicidad, esto es, la punibilidad (que ha de ser por tanto reconocida como categoría autónoma de la mencionada teoría), pues en definitiva, la prescripción a lo que afecta es a la posibilidad de penar por la comisión del hecho, que, si ha tenido lugar, seguirá siempre existiendo como hecho del pasado, que no por el transcurso del tiempo dejará de existir⁹⁵¹. Lo que ocurre es que el

<http://hdl.handle.net/10347/4293>

Sobre la prescripción, cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 956; COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 654.

949 En este sentido LORENZ, citado por PEDREIRA, llegaba a señalar que, por virtud de la prescripción, “el hecho típico ya no puede ser concebido y valorado como un perjuicio para la sociedad, ni como antijurídico, pues dañino para la sociedad sólo ha de considerarse un hecho que es de tal naturaleza que ha de reaccionarse con pena frente a él, y si el hecho ha perdido el carácter de su dañosidad social, dado que ya no ha de penalizarse, entonces tampoco puede ser valorado como antijurídico, ya que al Derecho como norma de la sociedad sólo puede oponerse lo que ha de considerarse como socialmente dañino”. En sentido similar se pronunciaría QUINTERO OLIVARES, en *El tiempo y el Derecho Penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito*, en Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales, II-1999, Madrid 1999, pág. 612. Para este autor el paso del tiempo “hace que el desvalor social y jurídico que mereció en su día un hecho no pueda mantenerse con la misma fuerza eternamente. Ello demuestra indudablemente la incidencia clara sobre la antijuridicidad material en el concepto jurídico del delito; si sólo se admite un concepto formal de la antijuridicidad costará explicar en qué se basa el legislador para conceder al paso del tiempo tal efecto depreciador de los valores o desvalores, pues eso sólo puede contestarse recurriendo a la limitada permanencia de una opinión o sentimiento sobre el cuerpo social, fenómeno que no podría contradecir el Derecho positivo pues se tornaría en disfuncional respecto a los valores materialmente sentidos por la comunidad.” Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 87.

950 En este sentido, cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 87.

951 En este sentido, MAURACH – GÖSSEL – ZIPF: “Ciertamente, por el simple transcurso del tiempo, no puede considerarse un hecho como no sucedido; pero el derecho penal no tendrá ya, por lo

transcurso del tiempo unido a la inactividad procesal constituye una circunstancia ajena al hecho, que extingue la posibilidad de su persecución. Este efecto de la prescripción tiene su efecto en el proceso, pues no en vano constituye el único cauce posible de imposición de la pena, pero eso no convierte a la prescripción en una institución procesal. Cada delito de los tipificados en el Código puede prescribir en el plazo y condiciones que se le señale o no prescribir nunca. La prescripción afecta a su cualidad de hecho punible y si para punir es necesario un proceso —que necesariamente habrá de ser posterior en el tiempo al delito—, el reconocimiento en el proceso de que se ha llegado a producir la prescripción será también, necesariamente, posterior a que ésta se haya alcanzado.

En cualquier caso, como atinadamente observa REY GONZÁLEZ, con el transcurso del tiempo la potestad punitiva decae, pero los efectos civiles y administrativos permanecen. El tiempo, lo que destruye, es el nexo entre el delito y la pena. El hecho ya prescrito seguirá siendo una conducta típica, antijurídica y culpable, pero ya no será punible, y por eso ya no puede ejercerse acción penal alguna contra ella, no porque haya prescrito la acción, sino porque ya no existe el presupuesto que ésta trata de perseguir⁹⁵².

La tesis según la cual la prescripción afecta a la estructura misma del delito ha sido en alguna ocasión recogida por el Tribunal Supremo, reconociendo que apoyo de la prescripción pueden encontrarse razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, precisa no obstante que “*se trata de una institución que pertenece al derecho material y penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria*”⁹⁵³. En alguna sentencia anterior, tras realizar una breve exposición de la evolución de la institución a la luz de los distintos Códigos Penales de nuestra historia, había declarado también el Tribunal Supremo que “*la prescripción del delito es ajena a toda consideración procesal, es un modo de*

general, motivo para intervenir. El transcurso del tiempo extingue la necesidad expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal”. MAURACH – GÖSSEL – ZIPF: *Derecho penal, Parte general*. Tomo 2, pág. 968.

952 Cfr. REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 26.

953 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 137/1995 de 8 de febrero (RJ 1995, 793), con cita de Sentencias de 11 junio de 1976 (RJ 1976, 3033), 28 junio de 1988 (RJ 1988, 5378), 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 5504) y 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6811).

extinción de la responsabilidad criminal, según el art. 112 del Código Penal. El delito se ve afectado en su propia estructura por el transcurso del tiempo y es la penalidad el elemento fundamental de referencia que utiliza el art. 113 del citado texto”⁹⁵⁴. Y en alguna otra ocasión, decantándose también la naturaleza material, ha reconocido que “*La opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia estima que la prescripción tiene una naturaleza sustantiva y que se trata de una institución que pertenece al derecho material penal y concretamente a la noción del delito, lo que viene avalado por su regulación en el ámbito del Código Penal y no en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que el efecto verdaderamente producido es la prescripción del delito y no de la acción penal.*

Si bien la prescripción debe ser formalmente alegada a través de un artículo de previo pronunciamiento, en el procedimiento ordinario y en la audiencia preliminar en el procedimiento abreviado, por tratarse de una cuestión de orden público, puede ser apreciada de oficio o incluso alegada informalmente o intemporalmente en cualquier estado del procedimiento por alguna de las partes interesadas en concluir la situación de pendencia, siendo irrelevante que las causas motivadoras de la paralización del procedimiento se deban a inacción de las partes o la negligencia de los Tribunales.

Como señala la doctrina la prescripción extintiva en el orden penal no puede constituir únicamente una excepción cuyo ejercicio está sometido a la voluntad de la parte, sino que debe estimarse de oficio como cuestión de fondo cuando nadie la alegue, porque el mismo interés público exige que no se castigue a quien las leyes penales eximen de responsabilidad por el lapso de tiempo señalado para la prescripción del delito. Se refuerza esta argumentación por la lectura del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que impone a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal la obligación de consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al reo”⁹⁵⁵.

El Tribunal Constitucional, por su parte, se ha hecho eco de cómo la doctrina más moderna viene también a reconocer mayoritariamente la naturaleza material de la institución, repudiando a su vez la analogía entre prescripción civil y prescripción penal,

954 Tribunal Supremo, Sentencia núm. 686/1993 de 23 de marzo (RJ 1993, 2498).

955 Sentencia de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2158).

al señalar que el carácter procesal y la interpretación restrictiva de la prescripción, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, es característica del derecho privado, mientras que la concepción material, *“fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su ius puniendi”*, es *“más acorde con la finalidad del proceso penal y así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias entre las que basta citar las de 31 de mayo y 11 de junio de 1976 (RJ 1976, 2492, RJ 1976, 3033), de 27 de junio de 1986 (RJ 1986, 3208) y de 28 de junio de 1988 (RJ 1988, 5378), sentencia esta última de la que es oportuno aquí destacar que, después de reiterar la concepción material de la prescripción penal, ajena a condiciones procesales del ejercicio de la acción, señala que esta doctrina más moderna, fue ganando la jurisprudencia, que repudió toda analogía entre la prescripción civil y la prescripción del delito y que esta última tenga naturaleza procesal”*⁹⁵⁶.

Al reconocer a la prescripción del delito una naturaleza estrictamente sustantiva le son de aplicación los principios y garantías propios del Derecho penal, tanto dentro como fuera del proceso⁹⁵⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado en Sentencia de 20 de octubre de 1993, *“la prescripción del delito es una institución de derecho penal sustantivo, alejada en sus características de su homónima civil, por ser una causa de extinción de la responsabilidad penal (...) a la que se conceden los siguientes efectos:*

a) la de poder ser declarada de oficio en cualquier estadio del procedimiento, incluido en el recurso de casación y en la misma vista del tal recurso, sin que le afecte el ser cuestión nueva (sentencia de 28 de junio 1988);

b) referir el dies a quo de la prescripción a la fecha de comisión del delito y no a la fecha de su descubrimiento, lo que llevaría a la idea civilista de la posibilidad del ejercicio de la acción o principio de la actio nata;

956 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 12/1991 de 28 de enero (RTC 1991, 12).

957 Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 43.

c) considerar que sólo el procedimiento penal, entendido como cualquier actividad judicial instructora, puede interrumpir la prescripción, sin que tenga esta virtud el previo ejercicio en vía civil, de la acción derivada de los hechos; y

d) no imputar la carga de la prueba a la parte que la invoca a su favor, porque no se compagina con la naturaleza material y jurídico-pública que se asigna a la institución, de suerte que si no se desprende de los hechos probados con certidumbre la fecha del delito cometido, y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para que opere la prescripción, esta situación de duda o incertidumbre no debe quedar sometida al principio de distribución de la carga de la prueba (artículo 1214 C.C.), irreconciliable con las estructuras del proceso penal, sino resolverse con sujeción al principio in dubio pro reo, dado que el acusado no asume nunca la carga de la prueba (onus probandi) (sentencia 31 mayo 1985) y que el aludido principio debe cubrir tanto los hechos constitutivos del delito y que forman parte del tipo, como las causas obstativas excluyentes de la responsabilidad (sentencias 6 noviembre 1989, 6 abril 1990 y otras) ”⁹⁵⁸.

5.3.3. Sobre la naturaleza mixta de la prescripción

Algunos autores defienden que la prescripción tiene una naturaleza mixta. En Alemania, pese a imperar la tesis procesalista, JESCHECK considera que la prescripción es una causa personal de anulación de la pena que, sin embargo, está configurada desde el punto de vista jurídico-procesal como un obstáculo procesal⁹⁵⁹.

En la doctrina y jurisprudencia españolas, a la vista de la regulación legal de la prescripción del delito tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal – esta última, no obstante, matizada por la jurisprudencia hasta el punto de haber sido totalmente desvirtuada su originaria concepción de excepción procesal–, no faltan tampoco opiniones que afirman que, en realidad, se trata de una institución de naturaleza mixta o compleja, integrada por elementos propios de ambas ramas del

⁹⁵⁸ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993, número de recurso 776/1992, siendo ponente D. Fernando Díaz Palos.

⁹⁵⁹ JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares Editorial, 5ª edición, Granada, 2002, pág. 1238.

ordenamiento, la sustantiva y la procesal. El propio Tribunal Supremo ha reconocido que la naturaleza de la prescripción, ya sea procesal, material o constitucional ha sido muy discutida y que, ciertamente, convergen criterios de desaparición de la necesidad de la pena, de dificultad en la acreditación del hecho o de seguridad jurídica y de política criminal en actuación del principio de intervención mínima, pues el derecho del Estado a penar justamente depende de que la pena sea necesaria para la existencia y pervivencia del orden jurídico⁹⁶⁰, habiendo incluso llegado a acoger en alguna ocasión la teoría de la naturaleza mixta de la prescripción, al declarar que *“la figura jurídica de la prescripción en el orden penal (y creemos que también en otras áreas del Derecho) contiene en sí misma una doble naturaleza jurídica, tanto de tipo adjetivo, como sustantivo, pues, de una parte, y para poderse concretar como existente, es necesario acudir a las normas procesales que nos enseñan la realidad del trámite y los correspondientes plazos del mismo, y, de otra, y según bien razona la parte recurrente, también es necesario entender que la prescripción contiene un carácter sustantivo o de fondo, ya que nada menos y a su través, puede llegarse a conclusión o resolución tan importante como es la extinción de la responsabilidad penal con todas las demás consecuencias favorables para el presunto reo o hipotéticamente inculcado y ello, en aras a un principio tan general y antiguo como es el de la seguridad jurídica que debe ser aceptado en todo enjuiciamiento”*⁹⁶¹.

Parte de la doctrina sigue también esta teoría ecléctica por considerar –como señala NÚÑEZ FERNÁNDEZ–, que los argumentos en favor de la naturaleza puramente material de la prescripción no son del todo convincentes. Menciona este autor que el hecho de que la institución se encuentre regulada en el Código Penal no significa necesariamente que la naturaleza de la prescripción sea penal sustantiva, pues se puede pensar, por ejemplo, en la responsabilidad civil ex delicto, que tiene una naturaleza indiscutiblemente civil pero se regula en el Código Penal por cuestiones históricas. Por otro lado, reconoce que es cierto que parte de los fundamentos que explican o justifican la naturaleza de la prescripción son propios del Derecho penal sustantivo o material en tanto en cuanto cuestionan la necesidad de perseguir y castigar la infracción penal transcurrido cierto tiempo. Pero ello no significa necesariamente que

960 Así en Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1467/1992 de 18 de junio (RJ 1992, 5504).

961 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 45/1994 de 25 de enero (RJ 1994, 106).

esta institución tenga una naturaleza material, pues el fundamento material puede encontrarse en muchas instituciones procesales, dado que el Derecho procesal no se puede deslindar absolutamente del Derecho sustantivo. Y en apoyo de esta afirmación señala que todas las normas que se derivan de la garantía jurisdiccional se identifican con los límites formales del *ius puniendi* y sin ellos, el contenido material del Derecho Penal quedaría desvirtuado. Por todo ello, en definitiva, concluye NÚÑEZ FERNÁNDEZ que lo más conveniente es tener en cuenta todas estas razones y dejar hasta cierto punto abierta la cuestión relativa a la naturaleza de la prescripción⁹⁶².

De este modo, se trata de zanjar, sin cerrarla definitivamente, una discusión que pese a la riqueza de algunos de los argumentos esgrimidos en el debate, que pueden aportar valiosos elementos de interpretación, no llega sin embargo, a juicio de estos autores, a soluciones que permitan afirmar una u otra naturaleza de manera plenamente convincente.

962 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 1001 y ss.

6. UN NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN RELATIVA A LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: LA POSIBILIDAD DE PRESCRIPCIÓN COMO CUALIDAD DE CADA DELITO QUE AFECTA A SU PUNIBILIDAD

6.1. Estudio crítico de los términos del debate sobre la naturaleza jurídica de la prescripción del delito

6.1.1. Relativización de la importancia del punto de partida de la polémica: la distinción entre Derecho penal y Derecho procesal penal.

La distinción entre Derecho sustantivo y procesal y los distintos principios que rigen en cada campo del Derecho constituye el punto de partida indiscutido a partir del cual se plantea el debate en torno a la naturaleza jurídica de la prescripción

Sin embargo, lo cierto es que la idea de distinción radical entre lo sustantivo y lo procesal no es útil ni conveniente. Aplicada al problema que nos ocupa, afirmar rotundamente que la prescripción pertenece a una de las dos ramas con exclusión de la otra puede dejar sin fundamento muchas soluciones que hasta ahora venían adoptándose en la práctica y que eran generalmente reconocidas como válidas. Para ser además coherentes con tal distinción, habría que atribuir luego a la institución todos y sólo los caracteres propios de la rama por la que uno se decante, lo cual no puede hacerse, sobre todo si se acepta la tesis procesalista, por caer en el riesgo de contradecir normas de rango superior. Asimismo, si sólo se tiene en cuenta su aspecto material y no el procesal, se corre el riesgo de perder de vista el modo concreto en que se aplica la institución.

Toda solución debería partir de la premisa de que, como señala GÓMEZ COLOMER, el Derecho Penal no puede aplicarse fuera del proceso penal, por exigencias derivadas del principio de necesidad, verdadera columna vertebral de este proceso; de ahí la interrelación e interactividad tan esenciales entre ambas ramas del

Derecho, que hacen absolutamente imposible entender el proceso penal sin los conocimientos básicos del Derecho Penal, y a la inversa⁹⁶³.

Siguiendo la definición de COBO DEL ROSAL, el Derecho penal puede ser concebido como el “conjunto de normas jurídico-positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que se asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad”⁹⁶⁴.

El Derecho procesal penal, por su parte, puede definirse, como hace GIMENO SENDRA, como el instrumento que la jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del *ius puniendi* del Estado. Aunque como este autor advierte, el moderno proceso penal, configurado como un instrumento neutro, está abierto también (aunque muchos autores obvian este dato) a otras finalidades legítimas, como son la protección del derecho a la libertad, la protección de la víctima y la rehabilitación del imputado⁹⁶⁵.

Ha sido en el Derecho alemán donde se ha enfatizado más la importancia de distinguir entre Derecho sustantivo y procesal a efectos de ubicar la prescripción del delito en una de estas dos ramas, pues mediante la adscripción de la institución al campo procesal se ha pretendido evitar la impunidad de los crímenes cometidos por los nazis cuando éstos estaban próximos a prescribir. En este sentido, HASSEMER ha señalado cómo la diferencia entre Derecho material y Derecho procesal es un instrumento de ordenación y análisis que puede incluso arrojar argumentos objetivos. Esta diferencia nos indica, por ejemplo, qué cuestiones jurídicas corresponden al Derecho material o al formal y nos indica también con qué herramientas se pueden elaborar estas cuestiones. Fue esto precisamente lo que puso fin a las fuertes polémicas que hubo en Alemania con respecto a la prescripción de los delitos cometidos por los nazis: con la implementación en la institución de la prescripción, se impuso finalmente un criterio en el ámbito del derecho formal conforme al cual la aplicación retroactiva de la prescripción no se consideraba que infringía la prohibición de retroactividad (Art.

963 GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 16.

964 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 32.

965 Cfr. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3ª edición, 2013, págs. 37 y ss.

1003 II GG, §1 StGB). Esta prohibición sólo contempla modificaciones hechas con posterioridad a la sanción material penal. Pero se dice que la prescripción no determina la punibilidad del delito, sino únicamente su persecución, y que al ser, por tanto una institución del derecho procesal la confianza de no ser perseguido por un delito ya prescrito no está constitucionalmente garantizada⁹⁶⁶. De este modo, para JESCHECK –que no obstante reconoce a la prescripción una naturaleza mixta–, “dado que la prescripción de un delito no supone modificación alguna en torno a su punibilidad sino que se refiere sólo a su perseguibilidad, el plazo de prescripción, en la medida en que éste no haya expirado, puede ser ampliado sin suponer una infracción de la prohibición de la retroactividad. Este resultado, a cuyo favor se ha declarado el Tribunal Constitucional (alemán) en oposición al criterio seguido con la prescripción de los asesinatos cometidos durante el Estado nacional-socialista, es indiscutido actualmente en la praxis y se acepta mayoritariamente por la doctrina”⁹⁶⁷.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente que los términos en que se ha planteado en Alemania el debate en torno a la naturaleza jurídica de la prescripción no obedecen a un interés meramente académico, sino a la sentida necesidad de idear un mecanismo jurídico que, sin quebrantar drásticamente el sistema legal previamente existente, impidiera, en la medida de lo posible⁹⁶⁸, la prescripción y consiguiente impunidad de los horrendos crímenes cometidos por los nazis.

Sin embargo, al aceptar esta separación entre el Derecho sustantivo y el procesal, se ignora que, en el ámbito penal, ambos se encuentran íntimamente unidos, sin que –a

966 Cfr. HASSEMER, WINFRIED: «La medida de la Constitución», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo I, *Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, J. C. Carbonel Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dirs.) M. L. Cuerda Arnau (coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 975 y ss.

967 JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares Editorial, 5ª edición, Granada, 2002, págs. 982-983.

968 El 8 de mayo de 1965 habían transcurrido, desde el día de la capitulación (8 de mayo de 1945) los veinte años del plazo de prescripción de los asesinatos cometidos por el Tercer Reich. Como explicara GIMBERNAT, los homicidios y las lesiones habían prescrito hacía ya tiempo; por eso, bastaba con demostrar que los hechos cometidos por el procesado constituyeron homicidios y no asesinatos -lo que las defensas consiguen con relativa frecuencia- para que el delincuente quede impune. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil– exista una división radical entre ambos campos que determine que de la asignación de la prescripción a uno de ellos se derive en bloque un conjunto de consecuencias jurídicas, muchas de las cuales pueden contradecir principios penales fuertemente consolidados, incluso reconocidos por normas de rango superior.

El Derecho civil puede realizarse al margen del proceso. En cambio, el Derecho penal sustantivo necesita del proceso penal como único cauce de realización posible⁹⁶⁹. En este sentido, COBO DEL ROSAL recuerda que “el especialista en Derecho penal debe tener en cuenta que su disciplina sólo tiene un cauce aplicativo jurídico por el que discurrir en su proceso de concreción, y que no es otro que el Derecho procesal penal. Por esa razón, aun partiendo de la independencia del Derecho procesal penal respecto del Derecho penal material, no cabe duda de que al ser el proceso la vía –la única– de realización del Derecho penal, se encuentran estrechamente vinculados”. Por eso, afirma COBO DEL ROSAL que “el Derecho procesal penal es, por tanto, un Derecho de acompañamiento *necesario*: El Derecho penal no es más que una tabla de valores y de sanciones que sólo puede adquirir concreción a través del Derecho procesal penal”. Y en tanto que derecho de acompañamiento *necesario*, tiene una naturaleza secundaria, por lo que la autonomía que el propio COBO DEL ROSAL le reconoce, no es, como seguidamente matiza, más que una “cierta y limitada autonomía, que viene derivada del sentido de los textos que disciplinan el proceso penal”. En palabras de BELING, traídas por nuestro autor, “el Derecho penal determina sólo la pena que en cada caso corresponde”, y el Derecho procesal penal, las actividades humanas que han de realizarse para la “inflicción de la pena en su caso”⁹⁷⁰.

La solución del problema de la retroactividad de las nuevas normas en materia de prescripción, como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, no depende por tanto de su naturaleza material o formal, sino del carácter absoluto o relativo que se otorgue, en materia procesal, a la regla *tempus regit actum*, que en nuestro Derecho

969 Este principio, hoy en día indiscutible, es recogido en nuestro Derecho por el art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que proclama que “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”.

970 Esto último con cita de GIMENO SENDRA y MORENO CATENA. Cfr. COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, págs. 39 y 40.

positivo ha de tener necesariamente un carácter relativo, pues su aplicación indiscriminada y absoluta produciría consecuencias inconstitucionales⁹⁷¹. Es por ello por lo que también otros autores actuales, como PEDREIRA GONZÁLEZ, relativizan la importancia de la cuestión de la naturaleza jurídica de la prescripción -en relación con los términos en que el debate nos ha venido planteado-, pues las consecuencias que derivan de las soluciones que pueden alcanzarse mediante este método pueden resultar contrarias a la Constitución, norma de rango superior del ordenamiento jurídico, que en su art. 9.3 garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales⁹⁷².

6.1.2. Los peligros de aplicar la doctrina de la naturaleza de la cosa a una institución jurídica

Si un concepto que en principio parece evocar verdades indiscutibles, como es el de la “naturaleza jurídica” de la prescripción, debe ser relativizado porque su aplicación irreflexiva arroja soluciones contrarias al propio ordenamiento jurídico, concebido hoy como un sistema de normas interrelacionadas, resulta corroborado lo advertido en su día por el Abogado y Filósofo del Derecho argentino CARRIÓ: “las afanosas pesquisas de los juristas por «descubrir» la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y de forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Las conclusiones que alcanza son, pues, claras y rotundas: no es útil hablar de la naturaleza jurídica; las discusiones sobre supuestas naturalezas jurídicas, en cuanto los contendores no se hacen claramente cargo de lo que están buscando, ni de la verdadera causa de su desacuerdo, son a la vez estériles e insolubles”⁹⁷³.

En palabras de otro jurista argentino que también se interesó por el concepto de “naturaleza”, GARZÓN VALDÉS, los conceptos e instituciones jurídicas no serían más

971 COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 162.

972 Así, PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», en *La Ley*, año XXVI, núm. 6249, martes 10 de mayo de 2005.

973 CARRIÓ, GENARO RUBÉN: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, págs. 101 y ss.

que una de las categorías de cosas⁹⁷⁴ a las que tradicionalmente se ha aplicado la doctrina de la naturaleza de la cosa como *fuerza del derecho* para, partiendo de la propia naturaleza del objeto, tratar de obtener respuestas jurídicamente válidas, esto es, como concepto del que emanan implicaciones del *deber ser*, de modo que se atribuye al ser un poder normativo. La concepción, como refiere este autor, es antigua: estaba ya presente en la concepción heracliteana de *diké* como aquello que corresponde al ser, y fue recogida y actualizada por la filosofía aristotélico-tomista y el idealismo objetivo de HEGEL, SCHELLING y SCHELEIERMACHE⁹⁷⁵.

Esa emanación de implicaciones normativas, de *deber ser*, de algo que simplemente *es*, a la que alude el concepto de naturaleza jurídica según apunta GARZÓN VALDÉS, fue señalada también por BASTIDE y BOBBIO, citados por PUY MUÑOZ, quien por su parte afirma que la *naturaleza de la cosa* es una totalización falsa por la que se identifica lo sociológicamente jurídico-moral con lo normal, y lo normal con lo natural; o sea, una totalización por la que sucesivamente se va identificando, en saltos ilógicos, lo que ocurre con frecuencia, con lo que ocurre normalmente, con lo que ocurre según norma, con lo que ocurre porque tiene que ocurrir, con lo que ocurre porque debe de ocurrir. En definitiva, la naturaleza de la cosa sería el intento infructuoso de extraer el *deber-ser* del *ser*⁹⁷⁶.

GARZÓN VALDÉS viene a sintetizar los peligros de aplicar la doctrina de la naturaleza de la cosa a una institución jurídica, esto es, al pretender derivar una norma de *deber ser* partiendo de la *naturaleza de las cosas*. Así, al actuar de esa manera, puede suceder lo siguiente:

- a) que se cometa un salto deductivo, en cuyo caso no hay inferencia alguna;

974 Las demás categorías de cosas a las que tradicionalmente se ha aplicado la doctrina de la naturaleza de la cosa como fuerza del derecho serían, según GARZÓN VALDÉS, el hombre y su realidad psicosomática, los objetos físicos del mundo, una entidad metafísica a priori, y las relaciones del hombre con sus semejantes y con los objetos mencionados. Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

975 Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

976 Cfr. en PUY MUÑOZ, FRANCISCO DE PAULA: «El Derecho y la naturaleza de las cosas», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 12, 1966, págs. 75-94.

b) que se razone entimemáticamente e introduzcamos en las cosas el sentido o valor que queramos extraer de las mismas, que es lo que hace el legislador cuando atribuye relevancia jurídica a ciertas notas distintivas de las cosas del mundo exterior (es el sentido de la *naturaleza de las cosas* según RADBRUCH⁹⁷⁷);

c) que creamos estar describiendo la naturaleza de una cosa (institución) y derivando consecuencias del deber ser cuando en realidad estamos tan sólo glosando normas de deber ser de un ordenamiento positivo o iusnaturalista⁹⁷⁸.

Por eso, recuerda GARZÓN VALDÉS que del concepto de “naturaleza” se ha llegado a afirmar, como hiciera ERNST BEKKER, que “como no obliga a pensar en serio a menudo es utilizada como un sustituto del pensamiento”. Y así, cuestionando detenidamente lo que sucede con la llamada naturaleza de las instituciones o conceptos jurídicos, observa el filósofo argentino que la mención de la palabra *naturaleza* parecería indicar que detrás de ellos “habría alguna realidad que el jurista tendría que precisar y descubrir”, pero como BULYGIN ya demostró con suficiente claridad, “en estas palabras no hay ente alguno y que se trata sólo de vocablos útiles para designar una serie de hechos condicionantes descritos por una norma y las consecuencias jurídicas prescriptas por aquéllas”⁹⁷⁹. Por eso, GARZÓN VALDÉS concluye en su estudio que la utilización del concepto “naturaleza de la cosa”, por su ambigüedad, sirve más para confundir que para aclarar las ideas, hasta el punto de que hablar de la naturaleza de ciertas cosas, como son las instituciones y conceptos jurídicos, carece de sentido y en otros casos es mejor mencionar directamente cuáles son las características

977 Cabe mencionar aquí que para RADBRUCH, “los preceptos del deber ser, los juicios de valor, las estimaciones no pueden fundamentarse inductivamente sobre posiciones de ser, sino deductivamente sobre preceptos de especie semejante.” Por eso, cuando un jurista falla sobre la naturaleza de las cosas, la contemplación de la idea en la materia es un caso feliz de intuición, pero no un método de conocimiento, pues “Para el conocimiento metódico queda en firme que los preceptos del deber ser sólo pueden derivarse deductivamente de otros preceptos del deber ser y no pueden fundamentarse inductivamente en hechos de ser”. Y por ello, “los supremos preceptos del deber ser son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia”. Cfr. RADBRUCH, GUSTAVO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, págs. 14-17.

978 Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

979 En BULYGIN, EUGENIO: *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, 1963. GARZÓN VALDÉS propone como ejemplos la propiedad y el contrato, pero no existe inconveniente alguno en aplicar los mismos razonamientos a otra institución jurídica como la prescripción del delito. Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

que se tienen en cuenta en el razonamiento de que se trata y evitar el uso de la expresión⁹⁸⁰.

En su obra *Tû-tû*⁹⁸¹, el danés ALF ROSS, siguiendo un relato de EIDAN, explica que los miembros de una tribu primitiva del Pacífico designaban con la palabra *tû-tû* lo que surge cuando alguno de sus miembros viola un determinado tabú. “Por ejemplo si un hombre se encuentra con su suegra, o mata un determinado animal tótem, o si alguno ingiere comida preparada para el jefe”. No sólo es que eso fuera *tû-tû*, sino que además, los demás miembros de la tribu decían que quien comete la infracción se pone *tû-tû*, concibiendo con tal expresión una especie de fuerza o lacra peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre, y por esta razón una persona que esté *tû-tû* tiene que ser sometida a una ceremonia especial. Claro que como explica ROSS, *tû-tû* no es nada, sólo fruto de la superstición, pero la palabra cumple en el lenguaje la esencial función de prescribir y describir, o para ser más explícito, expresar órdenes o reglas, y hacer afirmaciones sobre hechos, existiendo en nuestros idiomas palabras cumplen una función similar. Así, “«propiedad», «crédito» y otras palabras, cuando son usadas en el lenguaje jurídico, tienen la misma función que la palabra *tû-tû*; son palabras sin significado, sin referencia semántica alguna, y sólo sirven a un propósito, como una técnica de presentación”. Estos términos vendrían en definitiva a cumplir una función de eslabón que enlaza con una tradición ligada al lenguaje y al poder que éste tiene sobre el pensamiento. Resulta claro, a nuestro juicio, que lo mismo sucede con el concepto de “naturaleza jurídica”.

Debe admitirse, con ROSS, que la terminología y las ideas que generalmente empleamos presentan una considerable semejanza estructural con el pensamiento mágico primitivo sobre la invocación de potencias sobrenaturales que a su vez son convertidas en efectos fácticos⁹⁸². El concepto de “naturaleza jurídica” no debe despreciarse absolutamente, pues cumple una función lingüística, pero debe tenerse presente que sólo sirve para desempeñar una función retórica, a modo de presentación

980 Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

981 Cfr. ROSS, ALF: *Tû-tû*, Traducción de Gerardo Rubén Carrió, Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, págs. 23-24.

982 Cfr. ROSS, ALF: *Tû-tû*, Traducción de Gerardo Rubén Carrió, Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

de las características de la institución o figura que se pretende describir, como es el caso de la prescripción del delito. Pero esas características deben ser luego definidas con precisión, porque las cualidades de la figura y la forma en que ésta interactúa con el resto de proposiciones del ordenamiento jurídico no emanan mágicamente de la “naturaleza” que se le asigne, sino de las previsiones establecidas por el legislador -que quizás ni siquiera tuvo en cuenta todas las implicaciones que podrían derivarse de una determinada “naturaleza”- y, en su caso, del sentido que a tales previsiones le asigne el intérprete en base a los distintos métodos de interpretación jurídica generalmente aceptados, pero sin que en ningún caso de la propia cosa emanen cualidades que obliguen al intérprete a decantarse por una determinada interpretación contraria a la lógica del ordenamiento y a las finalidades sociales que éste pretende.

La Historia pone de manifiesto que cuando se ha actuado de otro modo, dejando que sea la propia “naturaleza de la cosa” la que guíe la interpretación, lo que se ha hecho ha sido enmascarar las verdaderas razones políticas que determinan la decisión del intérprete de la norma. En este sentido, GARZÓN VALDÉS alertaba del peligro de razonar entimemáticamente, al aplicar la doctrina de la “naturaleza de la cosa” a las instituciones jurídicas, introduciendo en las cosas el sentido o valor que queramos extraer de las mismas. Cabe añadir que tal sentido o valor extraído -en nuestro caso la naturaleza material o procesal de la prescripción- y la consecuencia lógica derivada de él -en nuestro caso necesidad de alegación o no a instancia de parte y retroactividad o no de las nuevas normas- habrá sido determinado con criterios extrajurídicos por el intérprete a quien se reconozca autoridad para tomar la decisión pues, como afirma HABA MÜLLER, “Cuando para argumentar en favor de la decisión Y se sostiene que es la que corresponde a la naturaleza jurídica X, entendida esta de la manera A, o al rechazar la solución Z por no corresponder a dicha naturaleza, quien realmente decide es aquel a quien se le reconoce la autoridad para re-conocer cuál sea la verdadera naturaleza del instituto jurídico invocado (en este caso: ese jurista que dictamina A) y cuáles son las verdaderas consecuencias que se siguen de ahí (en este caso: Y, a juicio de dicho jurista)”⁹⁸³.

983 HABA MÜLLER, ENRIQUE PEDRO: *Axiología jurídica fundamental*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004, pág. 62.

Como se hizo al tratar sobre el concepto jurídico del terrorismo, cabe traer a colación la cita de LEWIS CARROL, en *A través del espejo*, quien narraba la siguiente conversación entre Alicia y Humpty Dumpty, que pone de manifiesto cómo los problemas derivados de las limitaciones del lenguaje se zanján por el principio de autoridad:

“Cuando yo uso una palabra -insistió Humpty Dumpty en un tono más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos.

La cuestión -insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

La cuestión -zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda... eso es todo”⁹⁸⁴.

6.1.3. La prescripción del delito como institución de la Parte General del Código Penal. Concepto, finalidad y origen de las Partes generales de los Códigos Penales.

Si el empleo del concepto de *naturaleza jurídica* no es deseable cuando se habla de instituciones jurídicas, —porque se corre el riesgo de introducir en ellas las propias características determinantes de la solución que se pretende alcanzar, y porque esta técnica opera en un ámbito reducido dentro del cual se pueden obtener soluciones lógico-formalmente válidas pero que, sin embargo, contradigan otros preceptos del ordenamiento jurídico—, cabe preguntarse si pretender asignar una naturaleza jurídica a la prescripción del delito como institución partiendo del tratamiento unitario que se le da en la Parte General del Código Penal no es acaso otra forma de dar una personalidad independiente a algo que en sí mismo puede reducirse a otras expresiones⁹⁸⁵, pues

984 CARROLL, LEWIS: *A través del Espejo*, Ediciones del Sur, Córdoba, Argentina, pág. 88. <https://www.ucm.es/data/cont/docs/119-2014-02-19-Carroll.ATravesDelEspajo.pdf>

985 Según la idea de LOIS ESTÉVEZ, a la que seguidamente se aludirá, las verdaderas instituciones jurídicas son aquellas que sean irreductibles, que no sean efectos de otras causas, “consecuencias lógicas del hecho de ser el Derecho como es”. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la *intelección genética*; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Y esta comprensión no se logra sino “*demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva*”. Cfr. LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

perfectamente podría señalarse, a continuación de cada tipo penal, su plazo de prescripción.

Como observa HERNÁNDEZ GIL, en los Códigos, “la Parte general es (...) la prueba más palmaria, el exponente más acabado de lo que es y a lo que aspira la dogmática. Constituye el resultado de un proceso lógico completo. Viene a ser como una cima que se escala a través de un procedimiento rigurosamente inductivo. Con los elementos comunes de los conceptos generales integrantes del sistema se forman unos conceptos todavía más generales que son la quintaesencia del sistema: los puntos en que éste se unifica. Hay, pues, una doble abstracción. (...). Gran parte de la denominada «teoría general del derecho», con la que el positivismo quiere suplantarse a la filosofía del derecho, se elabora, a su vez, sobre los materiales aportados por las partes generales de las distintas disciplinas”⁹⁸⁶. De este modo, en el Código Penal, como señala por su parte MIR PUIG, las disposiciones de la Parte General no tienen otra función que la de precisar el alcance de los preceptos de la Parte Especial⁹⁸⁷.

Pero pese a su reconocida utilidad, la formación y desarrollo de Partes generales entraña el peligro de alcanzar tal grado de abstracción de los conceptos o generalidad de su aplicación que nos lleve a olvidar los matices de cada uno de los supuestos a los que el concepto debe aplicarse. Perfectamente podría señalarse en el Código, después de cada tipo penal, las condiciones concretas para que la prescripción pueda operar, en caso de que el delito se considere susceptible de prescripción. Así, no sería descabellado que la prescripción de determinados delitos pudiera sujetarse a determinadas condiciones que ya se tienen en cuenta a la hora de apreciar una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal o para conceder o denegar la suspensión de las penas, por ejemplo que los que delinquieron a causa de su adicción, la hubiesen abandonado, o que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles o reparado de algún modo el daño. En este sentido, tratándose de delitos de terrorismo, el art. 92 CP, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, prevé que para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, además de los requisitos generales, será además necesario que el penado “muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la

986 HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: «Metodología de la Ciencia del Derecho», en *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, Tomo 5, págs. 115-116.

987 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 61.

actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”. Pero la regulación unitaria de la prescripción en la Parte General, unida a la falta de previsión que obligue a tener en cuenta estas circunstancias, impide estas matizaciones, de modo que únicamente se atiende al dato del tiempo transcurrido desde la comisión del delito.

ÁLVAREZ GARCÍA, en un interesante artículo titulado *Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal*⁹⁸⁸, recoge algunas de las críticas que los juristas nazis hicieron a lo que consideraban una peligrosa mentalidad del “sí mismo” a que el proceso dogmático llegaba en la formación de las Partes Generales. En este proceso dogmático se había llegado a una peligrosa mentalidad del “sí mismo”, “una mentalidad que ha llevado a una especie de entificación de aquellos conceptos”⁹⁸⁹; olvidando que el Derecho está en función de la solución de cuestiones concretas “y no para afirmar principios que constituían un fin en sí mismos”⁹⁹⁰.

988 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030.

989 Cfr. MARINUCCI, GIORGIO: *Il reato come “azione”. Critica di un dogma*, citado en ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030.

990 En este sentido, PISAPIA, GIAN DOMENICO: *Introduzione alla Parte speciale del Diritto Penale*, Milán, 1948, pág. 10, citado en ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030.

También cita nuestro autor a WÜRTEMBERGER, quien criticaba que “Hoy, frecuentemente, el desarrollo de los conceptos dogmáticos y la sistematización se han convertido, incluso, en fin de sí mismos, en la actividad cognoscitiva propia de la ciencia: consecuentemente, aumenta el peligro de que los conceptos y los valores sistemáticos, adquiridos *ex novo* en este esfuerzo, no puedan ser plenamente

Desde luego, no era del agrado de los juristas de la Alemania nacionalsocialista aceptar la existencia de estructuras ontológicas que pudieran independizar el Derecho de la cambiante voluntad del Führer⁹⁹¹. Sin embargo, hoy en día, del mismo modo que incluso quienes en su momento pusieron la dogmática jurídica al servicio de los fines del nacionalsocialismo, como LARENZ⁹⁹², aceptan que cuando el Derecho despliega su función en la sociedad, se independice en cierto modo de la voluntad de su creador⁹⁹³, también la dogmática jurídica en general acepta buena parte de las críticas de los juristas nazis a la dogmática de la Parte General, en el sentido de que considerado el Derecho como una ciencia, existen sin embargo conceptos que carecen de sentido si no se ponen en relación con otros. Como ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA señala, con apoyo en grandes autores de la dogmática italiana y alemana⁹⁹⁴, que conceptos como la

reconocidos por la praxis jurídica en su valor dogmático y en sus consecuencias”. WÜRTENBERGER: *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, citado por ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030. Afirmaría por tanto que “Es metodológicamente errónea la tendencia, que hoy se puede observar en la ciencia penal, de atribuir un carácter absoluto a ciertos contenidos conceptuales, remitiéndose irreflexivamente a su “estructura” “lógico-sustancial” (sachlogisch) o a la “naturaleza de las cosas”. El punto de partida es la concepción según la cual, al legislador y al penalista le son “dadas a priori” ciertas “estructuras ontológicas” del ser, a las cuales ellas estarían vinculados, desde el punto de vista dogmático, al formular un juicio”. WÜRTENBERGER, THOMAS: *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milán, 1965, págs. 24 y ss.

991 Como refiere CAMPDERRICH la fuente última de legitimidad de las decisiones colectivas en el Tercer Reich, no se identificaba con procesos democráticos previstos o autoridades tradicionales destinadas en una constitución o en leyes, sino con la voluntad siempre cambiante según las circunstancias y, por tanto, imprevisible, de esta concreta persona, la cual podría manifestarse de cualquier manera, a través de las vías que el propio Führer escogiese. Cfr. CAMPDERRICH BRAVO, RAMÓN: «Poder, ideología y Derecho en el régimen nazi: una visión de conjunto», en F. Javier Blázquez Ruiz (coord.): *Nazismo, Derecho, Estado*, págs. 29-51 (46), Dykinson, Madrid, 2014.

992 Ampliamente, sobre este extremo, cfr. FRASSEK, RALF: *Karl Larenz (1903-1993) Privatrechtler im Nationalsozialismus und im Nachkriegsdeutschland*, en *Krillische Justiz*, 1998, pág. 296. Puede consultarse traducido al español como FRASSEK, RALF: «Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de postguerra», Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Revista “Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho”. Año 5, número 9, 2007, ISSN 1667-4154, págs. 55-75. En internet: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/09/karl-larenz-1903-1993-especialista-en-derecho-privado-durante-el-nacionalsocialismo-y-en-la-alemania-de-posguerra.pdf

993 En su *Metodología de la Ciencia del Derecho* de 1960, LARENZ, al tratar sobre las dos teorías clásicas de interpretación de la ley, esto es, la que busca averiguar la voluntad del legislador y la que busca el sentido objetivo de la ley, no tenía más remedio que reconocer que “la verdad de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado. La ley interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores”. LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 4ª impresión de 2010, pág. 313.

“tentativa”, el “dolo”, la “imprudencia”, el “encubrimiento”, etc., desconocen momentos autónomos: esto es, que no estén en correlación con la figura del delito consumado. Asimismo, tampoco existe un delito de imprudencia, de la misma manera que no existe un delito de dolo. La referencia a la imprudencia únicamente señala la parte subjetiva del tipo (aunque sin determinarla en todos sus extremos), por lo que se hace necesario completarla acudiendo a la Parte especial.

Lo mismo podemos decir de la posibilidad de prescripción o de la imprescriptibilidad de un delito, que no puede producirse en el vacío, ni «en sí misma», pues es adjetiva al delito como concepto dogmático. Sólo tiene sentido hablar de prescripción en relación con un hecho delictivo concreto que por el transcurso del tiempo unido a la falta de persecución ha dejado de ser punible en virtud de la ley, aunque no por ello el hecho, perteneciente ya al pasado, pueda cambiar. Y por eso, no puede dejar de ser típico ni antijurídico ni culpable.

Con frecuencia se olvida que lo que prescribe es un delito concreto, pero no tiene sentido hablar de la prescripción desconectada del concreto delito que prescribe. De ahí también que el fundamento de la prescripción de cada delito pueda ser diferente, como demuestra la gran variedad de argumentos existentes que sin embargo se pretende aplicar homogéneamente a todo tipo de delitos, sin duda por la regulación unitaria de la prescripción como institución en la Parte General⁹⁹⁵.

Las Partes Generales de los Códigos no pueden desligarse de las Partes especiales, de las que dependen. La génesis histórica de las Partes generales, expuesta por COBO DEL ROSAL, avala esta afirmación: “Hasta finales del siglo XVI no fue posible, en virtud de la carencia de un método adecuado, como por otro lado, por el

994 Como PETROCELLI, B. *Il delitto tentato*, Padova, 1955, y BELING, E: *El rector de los tipos de delito* (Trad. y notas por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas), Madrid, 1936, pág. 10. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030.

995 De este modo, para mejorar la regulación de la institución, haciéndola más acorde con el sentimiento de justicia de la sociedad, que no percibe como justo que un delito de corrupción que reporta gran beneficio económico pueda prescribir en el mismo plazo que un pequeño robo con fuerza, aunque la pena asignada sea la misma, habrá que buscar el fundamento de que cada delito pueda prescribir, y en función de éste, asignarle unas condiciones para que la prescripción opere, que no tienen por qué ser meramente temporales. Fundamentalmente, debería tenerse también en cuenta el comportamiento posterior del delincuente y el esfuerzo realizado para reparar el daño, de modo similar a como se tiene en cuenta a la hora de suspender la ejecución de una pena.

estado de evolución de nuestro Derecho, la instauración de una Parte General del Derecho Penal... Es a partir del instante en que el pensamiento intelectual elabora una síntesis, cuando tropezamos con rudimentarias Partes Generales en nuestro Derecho. En Francia, con TIRAQUELLUS, 1558; en España, con COVARRUBIAS, 1557 y en Alemania con VIGETIUS, 1600”⁹⁹⁶.

Sin embargo, si atendemos a nuestro Derecho Penal codificado, no es hasta el primer Código español de 1822 cuando se dispone de una auténtica Parte General. Pero a diferencia de lo que propugna la moderna dogmática penal, la falta de codificaciones sistemáticas previas en las que apoyarse propiciaría, como explica ÁLVAREZ GARCÍA, que a estas partes generales no se llegara por el procedimiento de abstracción mediante la inducción de notas distintivas constantes de los objetos de estudio, sino que se llegó a su elaboración a través del predominio de aproximaciones de corte filosófico a los problemas de la Parte General, por lo que se crearon partes generales alejadas, en muchos casos, de la regulación concreta de los tipos delictivos⁹⁹⁷. En cualquier caso, desde este Código de 1822, toda referencia a la prescripción del delito se recogerá en la Parte general del Código Penal, salvo el de 1848, –que omitía toda referencia a la prescripción de los delitos, y únicamente se ocupaba de la prescripción de la pena⁹⁹⁸– aunque ocasionalmente se distingan algunos delitos concretos respecto de los cuales se señalan requisitos específicos para que la prescripción pueda operar.

996 COBO DEL ROSAL, MANUEL: «Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal», en *Estudios penales*, Madrid, 1948, pág. 21.

997 Hasta que el concepto de tipicidad de BELING obligara a la teoría del delito a centrar su atención en los tipos concretos “para a partir de esa operación inductiva, construir un cuadro conclusivo aplicado a los distintos tipos delictivos”, pero la relación no termina en este punto, sino que una vez obtenida la abstracción, ésta debe ser tenida en cuenta para precisar los elementos de los distintos tipos delictivos. Estableciéndose así una relación dialéctica entre Parte General y Parte Especial, de modo que los tipos delictivos concretos determinan la elaboración de la Parte General, pero una vez construida ésta, estos conceptos abstractos se reflejarán a su vez en lo concreto, en lo particular, contribuyendo a la nueva redefinición de los tipos penales. ÁLVAREZ GARCÍA, con cita de STORTONI, pone de manifiesto la interacción entre el ámbito normativo de la Parte General y el de la Parte Especial: “como las opciones realizadas por el legislador en sede de parte general, tienen un efecto inmediato respecto a las normas de la parte especial y viceversa; por otro lado, el carácter no ontológico de la distinción entre los dos grupos de normas hace que su ubicación en una de las dos partes no sea constante, sino que, por el contrario, pueda variar con el cambio de los tiempos”. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030.

998 Lo que no significaba, en opinión de PACHECO, que la Comisión de Códigos hubiera pretendido acabar con la prescripción de los delitos, sino más bien, al entender que su efecto quedaba reducido a una pérdida de acciones y que por lo tanto su naturaleza era procesal, debía ubicarse en la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *El Código Penal, Concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1848, pág. 543.

Teniendo presente que –como acertadamente describiera HERNÁNDEZ GIL–, la Parte General es la cima a la que se llega inductivamente (los puntos donde el sistema se unifica), se ve claro que al afirmar que la prescripción es una institución cuyo efecto es extinguir la responsabilidad criminal (presuponiendo así que existe aunque no se haya declarado judicialmente) lo que estamos diciendo es que cada uno de los delitos tipificados en el Código Penal (salvo los expresamente imprescriptibles), prescribirán si transcurre sin actividad procesal el plazo de tiempo que se le haya señalado. Y así, en tal idea se encuentra implícito que el delito de homicidio tipificado en el art. 138 CP y el asesinato tipificado en el art. 139 CP prescriben a los veinte años, las lesiones de los arts. 147 y 148 CP a los cinco años, o a los quince si como establece el art. 149 CP supusieran un menoscabo esencial de la integridad corporal del lesionado, etc. Incluir todas estas precisiones tras cada uno de los tipos de la Parte Especial habría dado lugar a una redacción del Código de una extensión mucho mayor. Y por eso, en lugar de añadir a cada tipo penal una cláusula del tipo: “este delito prescribirá a los x años”, el legislador optó en su día por condensar la regulación legal de la posibilidad de prescripción de los distintos delitos en un único artículo ubicado en la Parte General. La inercia ha conducido al mantenimiento de esta forma de legislar, lo cual, sin embargo, no ha sido óbice para que dentro de la misma regulación de Parte General, se señale la imprescriptibilidad de delitos concretos, en un principio obedeciendo a la necesidad de cumplir con los Tratados internacionales suscritos por España⁹⁹⁹, y luego señalando, con la reforma del Código Penal de 2010, la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, que responde a una iniciativa propia del legislador español.

Hoy en día, en cambio, los avances de la ciencia penal, así como el tratamiento informático de la legislación, podrían facilitar una regulación distinta de la posibilidad de prescripción como lo que es: una cualidad que puede estar o no presente en cada delito y que produce el resultado de excluir su punibilidad, operando por el transcurso

999 Como son los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, de los que, con la reforma de 2010 se han excluido los castigados en el artículo 614 que, también reformado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

de un periodo de un tiempo determinado unido a determinadas circunstancias (hoy la inactividad procesal válida, pero podrían detallarse otras concretas para cada delito) que, en definitiva, hacen que la imposición de una pena resulte ya innecesaria y por tanto injusta.

6.2. La esencia de la prescripción de los delitos

6.2.1. Cambio de paradigma: la posibilidad de prescripción de cada delito en lugar de la prescripción como institución. Deconstrucción de la prescripción como institución a la luz de la existencia de delitos imprescriptibles.

Las dificultades que conlleva la averiguación de la naturaleza de una institución jurídica son innumerables y los resultados alcanzados no son siempre satisfactorios, pues pueden contradecir otras normas del ordenamiento. Se trata, por tanto, de un método desaconsejado –como ha puesto de manifiesto GARZÓN VALDÉS– y por ello, es comprensible que, en general, los juristas no hayan descendido a tratar de averiguar tal naturaleza de cada una de las instituciones.

Tenía razón LOIS ESTÉVEZ cuando afirmaba que “el examen objetivo de lo que los juristas dan por naturaleza jurídica de un instituto y su modo de conducir las investigaciones bastan para probar que lo que buscan no es precisamente la esencia. La esencia de una cosa se expresa en la definición –así lo reconocen los autores al unísono–. ¡Pues menguados estaríamos si para definir tuviésemos que ver aclarado con anterioridad el enigma de la naturaleza jurídica! ¡Probablemente no hubiéramos logrado definir aún ni una sola de las instituciones jurídicas capitales! No es pues, la esencia, sino algo distinto, lo que se intenta desentrañar cuando se propone el tema de la naturaleza jurídica de cualquier instituto”¹⁰⁰⁰.

Precisamente, según el Diccionario de la Real Academia¹⁰⁰¹, la esencia es, en su primera acepción, “Aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas”. Y en la segunda, “Lo más importante y característico de una cosa”.

1000 LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

1001 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.^a edición, publicada en octubre de 2014.

Resulta claro entonces que la naturaleza de la prescripción vendrá definida por la cualidad más importante y característica que presenta. Tratándose de una institución jurídica, lo más importante y característico no es su adscripción a la rama sustantiva o procesal del Derecho, lo cual en Derecho penal, podría predicarse de cualquier institución, pues el proceso es el único cauce de aplicación del Derecho sustantivo. Lo más característico será el efecto que produzca conforme a la ley.

El recurso a la averiguación de la naturaleza jurídica de una institución es, en definitiva, un método de interpretación de las normas que la regulan. Pero en el caso de la prescripción del delito, el interés por tan misteriosa cuestión no ha venido, por lo general, suscitado por una desinteresada curiosidad académica a la vista de las normas en sí, sino por el afán de aplicar una determinada solución a alguna situación para la que el Derecho escrito no contenía una respuesta clara¹⁰⁰².

LOIS ESTÉVEZ explica que para resolver todo caso litigioso, el jurisconsulto tiene que realizar una calificación jurídica, cuanto menos aproximada del supuesto, y para ello debe acudir a conceptos jurídicos que posee anticipadamente y que expresan sintéticamente la *esencia de las instituciones*. La institución jurídica es por tanto un “plexo normativo, que tipifica y disciplina una clase de relaciones interhumanas reconocible”¹⁰⁰³. Nuestro autor, acudiendo al símil científico, —no en vano la de científico era otra de sus facetas junto con la de jurista—, afirmaba que “ciertas

1002 Por eso se ha acudido con gran interés a este método en Alemania, donde la idea de la naturaleza procesal de la prescripción impedía que prescribieran los delitos cometidos por los nazis. En este sentido, el alemán JESCHECK explica cómo la Novena Ley de reforma del Derecho penal alemán de 1969 aumentó el plazo de prescripción de la acción penal para aquellos crímenes castigados con la pena de privación de libertad a perpetuidad, dando efectos retroactivos a ese aumento para permitir que pudieran continuar persiguiéndose los crímenes de violencia más graves cometidos durante la época nacional-socialista. Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH: «La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972, págs. 629-642. También el español GIMBERNAT explica la situación con gran claridad: “El § 67 del Código penal alemán vigente señala para el asesinato un plazo de prescripción de veinte años. Como hasta el 8 de Mayo de 1945, el día de la capitulación, los crímenes de guerra cometidos por los nacionalistas no habían sido perseguidos, por razones obvias, por los tribunales de la Alemania hitleriana, se considera que era en esa fecha cuando había empezado a correr, realmente, el plazo de prescripción. Ello suponía que el 8 de mayo de 1965 habrían prescrito los asesinatos cometidos durante el Tercer Reich, a excepción de aquellos cuyo plazo hubiera sido interrumpido por acciones judiciales”. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

1003 LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

proposiciones jurídicas forman conjuntos planetarios con manifiesta unidad, convergiendo en torno a un común centro gravitatorio. Son partes dotadas de individualidad propia, perfectamente diferenciadas de las demás en su consistencia, en su función y en su finalidad. Tomadas en bloque, tienen un sentido cabal; constituyen una unidad significativa nítidamente deslindada, plenamente inteligible; pero ya insusceptible de división”. Cada subespecie de relaciones humanas tipificadas *sub nomine iuris* se conceptúa, de este modo, como una institución jurídica, y así, son instituciones la ocupación, el matrimonio, la posesión, el embargo, la prescripción, etc. La clave se encuentra en que para determinar los problemas que no sean específicos de una institución jurídica concreta, hay que hacer una obra de reducción y simplificación institucional, pues existen instituciones jurídicas (LOIS ESTÉVEZ pone como ejemplo la posesión) que “no son tipos jurídicos verdaderamente individuados, con fisonomía y caracteres propios, sino efectos de espejismos, consecuencias insoslayables, relaciones lógicamente necesarias de otros institutos jurídicos”. Siguiendo la idea de este autor, las verdaderas instituciones jurídicas son las aquellas que sean irreductibles, que no sean efectos de otras causas, “consecuencias lógicas del hecho de ser el Derecho como es”. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la *intelección genética*; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Y esta comprensión no se logra sino “demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva”¹⁰⁰⁴.

La concepción de la prescripción como una auténtica institución regulada tanto en el Código sustantivo como en el procesal –junto con la voluntad en ocasiones de castigar determinados hechos que en principio parecían prescritos o próximos a prescribir–, ha empujado a los juristas a plantearse si su estudio debía ubicarse en el campo del Derecho sustantivo o del procesal, derivando de esta elección todo un elenco de consecuencias de orden lógico que, sin embargo, pueden ser manifiestamente contrarias a otros principios superiores del ordenamiento y por tanto –pese a su apariencia lógica–, inválidas jurídicamente.

1004 LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

La configuración de la prescripción como una institución de Parte General lleva incluso a parte de la doctrina a criticar la existencia de delitos imprescriptibles, como si la esencia del delito consistiera en que ha de poder prescribir (cuando precisamente, en esencia, el delito es un hecho punible) y por tanto, la excepción a la regla general de la prescripción sólo pudiera justificarse para tipos penales de los calificados como crímenes internacionales en los tratados¹⁰⁰⁵, que precisamente por tal condición, será sumamente extraño que lleguen a aplicarse por los tribunales españoles. En definitiva, se olvida que la posibilidad de que un delito pueda prescribir (o no) es una decisión del legislador soberano que ha de tener en cuenta, esencialmente, el fin que la pena está llamada a cumplir en ese caso concreto.

Pero el hecho de que la regulación de las condiciones para que opere esta cualidad de cada uno de los delitos a los que el Código reconoce la posibilidad de prescribir se unifique en una disposición de Parte General no significa que la prescripción sea una auténtica “institución” en el sentido que LOIS ESTÉVEZ atribuye al término, esto es, que sea algo *irreductible* pues, como se ha dicho, la prescripción como institución viene a ser el resultado de la fusión de todos los casos en que cada uno de los delitos del Código puede prescribir, a salvo por tanto aquellos que el legislador ha configurado como imprescriptibles. La prescripción, como institución, puede por lo tanto descomponerse en multitud de proposiciones, cada una de las cuales señalará las condiciones concretas previstas, tanto las de carácter general señaladas (transcurso de x años e inactividad procesal), como otras previstas para casos concretos (haber alcanzado la mayoría de edad la víctima menor, etc.) e incluso otras que *de lege ferenda* se pudieran prever (buen comportamiento, etc.). Todos estos requisitos, sumados, hacen que un determinado hecho humano que se ajustaba a un tipo delictivo concreto deje de ser perseguido, al haber quedado anulada, en virtud de la ley, su punibilidad. Por eso, no es correcto aceptar la prescripción del delito como una institución desconectada de cada tipo penal al que puede afectar, y atribuirle –mediante argumentos seleccionados de

1005 En ese sentido, CASTAÑO advierte del peso psicosociológico de las modas en la concepción la imprescriptibilidad como un valor absoluto en el ámbito internacional: “Las vigencias epocales suelen ejercer sobre los hombres un implícito aunque no por ello menos operante influjo. Si «el tren de la Historia» parece discurrir en cierto sentido, es dable que muchos consientan con algo aun sin estar convencidos de ello. Y hoy resulta «políticamente incorrecto» poner en tela de juicio un postulado como éste, que aparece con la fuerza de un dogma”. CASTAÑO, SERGIO RAÚL: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico». Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007, págs. 87-113.

forma más o menos aleatoria— una determinada naturaleza jurídica de la que luego derivarán toda una serie de consecuencias por vía de deducción lógico-formal que no tienen en cuenta los fines de la pena estatal. Esta forma de proceder sólo lleva a una emancipación ficticia de la prescripción, como si fuese algo independiente del delito al que afecta.

Y al igual que hay que tener presente que tras la expresión “la prescripción” existen una pluralidad de supuestos a los que se da un tratamiento homogéneo, ocurre lo mismo cuando se habla del delito. No existe *el delito*, sino una pluralidad de acciones u omisiones tipificadas como delito que, en la medida en que presentan unas características comunes que fundamentan que sean objeto del mayor de los reproches jurídicos (la pena) reciben un mismo tratamiento derivado de su consideración como delito.

La existencia de delitos imprescriptibles evidencia que la prescripción puede admitir excepciones y que por tanto, en nuestro sistema jurídico, la posibilidad de prescripción no es algo consustancial a todo delito. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que el legislador, atendiendo a los principios de política criminal que considere oportunos, podrá establecer la existencia o no de la prescripción penal en el ordenamiento jurídico y, en su caso, fijar los requisitos legales para que pueda estimarse. De este modo, se ha establecido el carácter de legalidad ordinaria que reviste lo relativo a la prescripción de los delitos , y se ha insistido en que en consecuencia se trata de una institución de libre configuración legal, de modo que “determinar el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto”, aunque seguidamente se añade que “dados los valores constitucionales en juego, sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas”¹⁰⁰⁶.

1006 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre (RTC 1990, 157). Doctrina reiterada en la Sentencia núm. 63/2001 de 17 de marzo (RTC 2001, 63) (caso GAL).

6.2.2. La prescripción como óbice de punibilidad y no de procedibilidad

COBO DEL ROSAL llama también la atención sobre la confusión entre condiciones de procedibilidad o presupuestos procesales y condiciones objetivas de punibilidad, reconociendo que “en verdad, sus fronteras son a veces inciertas” aunque puede precisarse que las condiciones de procedibilidad “tienen naturaleza genuinamente procesal y afectan tan sólo a la iniciación del proceso penal, condicionando no la punibilidad, sino la procedibilidad. De esta forma, sólo de manera indirecta pueden influir y condicionar la concreción de la punibilidad, en la medida que la pena para que pueda aplicarse, inexorablemente requiere un proceso previo”¹⁰⁰⁷.

En relación con esto, ZAFFARONI explica que la confusión entre procedibilidad y punibilidad proviene de la doctrina italiana, particularmente a partir del Código de Rocco, de la que deriva la naturaleza mixta. Por eso señala Florián –dice el argentino– que “los dos criterios adoptados por los códigos actuales, el de que prescribe el delito y no la acción penal y el de que las llamadas condiciones de procedibilidad son al mismo tiempo condiciones de las que también depende la punibilidad del delito, muestran por tanto cómo ciertos elementos procedimentales concurren para la determinación del delito y cómo la acción penal está de tal suerte ligada al delito que lo penetra y lo determina”¹⁰⁰⁸. Cabe señalar que conforme al art. 59 del Código Penal argentino, la prescripción lo que extingue es la acción penal.

Aceptando la tesis de COBO DEL ROSAL, que siguiendo también la doctrina italiana, distingue entre *punibilidad en abstracto* y *punibilidad en concreto*, parece claro que, conforme a la regulación positiva, el hecho de que el delito no haya prescrito es una condición de punibilidad, pues si el delito ha prescrito no puede castigarse. Puede decirse, por tanto, que la falta de prescripción es una condición objetiva de punibilidad.

Sin embargo, lo cierto es que la prescripción del delito, constatada antes del juicio oral, excluye el proceso conforme a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que cabe preguntarse si también podría ser un óbice de procedibilidad.

1007 COBO DEL ROSAL, MANUEL: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», Estudios Penales y Criminológicos, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, pág. 52. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293>

1008 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 196.

La respuesta, sin embargo, es negativa, dado que según el estado de la ciencia del Derecho, un óbice de procedibilidad debe concurrir desde un principio y puede desaparecer, no siendo por tanto impedimento para que el hecho pueda ser juzgado posteriormente, y esto no es lo que ocurre con la prescripción del delito. Desarrollemos esta idea.

En términos dogmáticos, como la imposición del castigo requiere necesariamente de un proceso previo, podría ser que la falta de prescripción del delito fuese, además, una condición de procedibilidad. Es conveniente, por tanto, que nos detengamos aquí en estudiar las características de las condiciones de procedibilidad, para determinar si la prescripción del delito –o mejor dicho, la posibilidad de que el delito prescriba o por el contrario sea imprescriptible– se adecúa o no a este concepto.

Ahora podemos preguntarnos si es el hecho de que el delito no haya prescrito constituye una condición de procedibilidad.

En principio, a la vista del efecto que los artículos concordantes con el 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen para el caso de que la prescripción se aprecie con anterioridad a la celebración del juicio oral, podría decirse, en efecto, que la prescripción viene a actuar como un óbice de procedibilidad, por lo que una condición para poder proceder (y para deber hacerlo puesto que la acción penal es indisponible) es que el delito no haya prescrito. Efectivamente, la prescripción del delito, si ha operado, no permite la celebración del juicio.

Sin embargo, hemos visto que COBO DEL ROSAL destaca cómo las condiciones de procedibilidad “afectan tan sólo a la iniciación del proceso penal”¹⁰⁰⁹. En el Código Penal actual, encontramos casos el legislador exige que para proceder en algunos delitos sea precisa la denuncia de los hechos (art. 296 CP, referente a los delitos societarios), o el art. 215.1-2 CP, que exige la obtención de la previa licencia del Juez o Tribunal que conociere o hubiere conocido del juicio en que se hubiesen vertido calumnias o injurias para poder deducir acción). También la necesidad de obtención del

1009 COBO DEL ROSAL, MANUEL: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», Estudios Penales y Criminológicos, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, pág. 52. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293>

suplicatorio (autorización administrativa para procesar) ha sido considerada requisito de procedibilidad por el Tribunal Supremo¹⁰¹⁰.

También existen en nuestro Derecho los delitos denominados semipúblicos, que requieren de la previa presentación de denuncia o querella para que puedan ser perseguidos. Y existen también condiciones de procedibilidad que, dándose al inicio del proceso, luego pueden faltar, pero esto únicamente afecta a los delitos privados. Es el caso de que no se sostenga la querella, o el perdón del ofendido cuando la Ley le reconoce este efecto.

Pero tratándose de delitos públicos, salvo que tuviera lugar la muerte del reo, no podemos pensar en otra categoría de condiciones de procedibilidad que, dándose al inicio, pudiesen luego faltar a mitad del proceso, porque una vez iniciado el juicio oral éste sólo puede terminar mediante sentencia, que debe condenar o absolver, no siendo posible lo que se conoce como absolución en la instancia (arts. 144 y 742 LECrim) y porque la jurisdicción penal es improrrogable (art. 8 LECrim) y no caben actos de disposición como la renuncia del interesado o la satisfacción extraprocesal. Una vez más, se comprueba que las categorías propias del proceso civil no son aplicables al penal.

Asimismo, los efectos en el proceso penal de la prescripción del delito no son los mismos que los que se producen cuando falta una condición de procedibilidad, pues las condiciones de procedibilidad, una vez que se han cumplido, ya no faltan, y en cambio la prescripción del delito puede haberse producido antes del comienzo del proceso, pero también puede tener lugar dentro de un proceso ya iniciado, por paralización del mismo o incluso puede producirse fuera del proceso pero después de que éste haya comenzado, al no haber dictado el Juez dentro de plazo la resolución pertinente para interrumpir la prescripción.

Por otro lado, nos parece fundamental destacar que, del estudio de las distintas condiciones de procedibilidad así reconocidas por la doctrina, se desprende que estas

1010 En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que *“Nos encontramos ante un requisito de procedibilidad, a tramitar en el Congreso de los Diputados injertado en un sistema de exigencia judicial de responsabilidad criminal de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo (el Presidente y demás miembros del Gobierno) por determinados delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuyo conocimiento se encuentra especialmente atribuido a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”*. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Auto de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1779).

condiciones que permiten que se incoe el proceso necesitan, para producirse, un acto lícito en el que intervenga la voluntad humana, dirigido precisamente a permitir que el proceso se incoe. En cambio, que el delito no haya prescrito depende, conforme a Derecho, de una causa ajena a la voluntad humana, de un hecho natural y que por lo tanto no puede calificarse de lícito o ilícito, como es el mero transcurso del tiempo unido a la inactividad procesal, lo cual es precisamente la consecuencia de ausencia de voluntad.

Descartamos, por tanto, que la falta de prescripción del delito sea una condición de procedibilidad, al menos en el sentido que dogmáticamente se ha asignado a tal término pues, aunque excluya el proceso (art. 675 LECrim) lo hace obligando a acordar un sobreseimiento que, en virtud del principio de cosa juzgada, impide reabrirlo en el futuro. En resumidas cuentas, la prescripción, no debería tratarse como un óbice de procedibilidad por las siguientes razones:

- tales requisitos se caracterizan por afectar tan sólo a la iniciación del proceso penal y, en cambio, la prescripción del delito puede producirse también después de haberse iniciado el proceso, por paralización de las actuaciones.
- las condiciones de procedibilidad, una vez que se han cumplido, ya no faltan, y en cambio la prescripción del delito puede haberse producido antes del comienzo del proceso, pero también puede tener lugar dentro de un proceso ya iniciado (por paralización del mismo) o incluso puede producirse fuera del proceso pero después de que éste se haya iniciado, si es que el Juez no ha dictado dentro de plazo la resolución pertinente para interrumpir la prescripción.
- Las distintas condiciones de procedibilidad así reconocidas por la doctrina necesitan, para producirse, un acto lícito en el que intervenga la voluntad humana, dirigido precisamente a permitir que el proceso se incoe, como, por ejemplo, la obtención del suplicatorio. En cambio, que el delito no haya prescrito depende, conforme a Derecho, de una causa ajena a la voluntad humana, de un hecho natural y que por lo tanto no puede calificarse de

lícito o ilícito, como es el mero transcurso del tiempo unido a la inactividad procesal. Si tal inactividad se debiera a dolo o negligencia de quienes tienen que perseguir el delito, será ilícita y por tanto constitutiva de delito o cuanto menos de responsabilidad disciplinaria.

7. CRÍTICAS DOCTRINALES A LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. EL CAMINO HACIA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

Como se expuso al tratar sobre la evolución histórica de la prescripción y la imprescriptibilidad de los delitos, la posibilidad de que los delitos prescriban ha venido admitiéndose en distinta medida a lo largo de la Historia. Al mismo tiempo, en algunos ordenamientos jurídicos, la institución simplemente era desconocida. Hoy en día, en nuestra cultura jurídica, la mayor parte de la doctrina entiende, no obstante, que la prescripción es una institución valiosa, cuyo reconocimiento pone de manifiesto la existencia de un sistema respetuoso con los derechos y garantías individuales de los ciudadanos¹⁰¹¹. Sin embargo, tales concepciones, centradas en la figura del delincuente, olvidan que los delitos también dejan víctimas y perjudicados y que la prescripción no sólo supone que el delito quede impune, sino que la imposibilidad de su enjuiciamiento evita además el reconocimiento jurídico de las víctimas, que resultan así ignoradas por el sistema penal. Todo ello provoca un sentimiento de rechazo de la institución fuera del ámbito de los entendidos en Derecho, de modo que la prescripción, sobre todo la de los delitos más graves, no sea bien admitida. Este sentimiento de rechazo tiene incluso su reflejo en la legislación, que si se modifica es para endurecer las condiciones para que la prescripción opere, alargando los plazos de prescripción de determinados delitos e incluso señalando la imprescriptibilidad de otros. Tal es el caso de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, que elevó de tres a cinco años el plazo de prescripción de los delitos menos graves y declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. En la propia Exposición de Motivos se alega que “La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en

1011 PEDREIRA GONZÁLEZ concluye en un interesante estudio acerca de la Historia de la prescripción de las infracciones penales que “la negación de la prescripción posee, al menos en gran medida, una raíz autoritaria, que justifica el menoscabo de los derechos y garantías individuales en favor de unos pretendidos intereses sociales y colectivos que se hallan al margen del individuo y no dudan en sacrificarlo si fuera preciso. Ciertamente, no es una casualidad que los retrocesos más notorios en materia de prescripción penal se encuentren estrechamente vinculados a sistemas esencialmente antiindividualistas y autoritarios, y que sus grandes avances hayan venido de la mano de la legislación revolucionaria francesa”. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIZ MARÍA: «Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», Revista de Derecho UNED, núm. 2, 2007, págs. 435-444.

descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años”¹⁰¹².

Es claro que las consecuencias de descrédito para el orden jurídico y el perjuicio para las víctimas que puede acarrear la prescripción de los delitos no son algo reciente. Incluso en las legislaciones donde la institución es generalmente admitida, han sido habituales las posturas críticas de la doctrina con este instituto, en algunas ocasiones rechazándolo de forma general, y las más veces de forma limitada, criticando algunos aspectos concretos de su regulación legal o sencillamente rechazando la posibilidad de prescripción de algunos delitos.

En cualquier caso, el tema de la imprescriptibilidad del delito no abunda en la literatura jurídica. Por lo que se acaba de exponer, lo normal es que las alusiones a este tema surjan al hilo de la imprescriptibilidad señalada por los Tratados internacionales, que en general es una medida que se valora positivamente, en consonancia con el consenso internacional del que son fruto¹⁰¹³. En cambio, la imprescriptibilidad se valora de forma mucho más crítica cuando son los Códigos Penales de cada país los que, a nivel interno, señalan la imprescriptibilidad de algún delito. En estos casos, es habitual que se considere una medida autoritaria y poco respetuosa con los principios liberales que inspiran el moderno Derecho penal, y que se advierta del peligro de contaminación del resto del ordenamiento penal¹⁰¹⁴.

1012 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

1013 Por ejemplo, RAGUÉS I VALLÉS, en su monografía sobre la prescripción, dedica unas pocas páginas a la imprescriptibilidad, y afirma que ésta que puede explicarse perfectamente desde una concepción del Derecho penal como instrumento necesario para preservar un determinado orden social. La clave se encontraría en “la extrema gravedad de estos delitos, que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad”, lo que determina que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los presuntos responsables. Y cita el ejemplo del caso del genocidio: el hecho de que la sociedad europea que surge después de la Segunda Guerra Mundial se autoconciba como una antítesis de la barbarie de los regímenes fascistas explica la necesidad de perseguir y castigar los actos de genocidio mientras vivan sus responsables, más allá de todo límite temporal. Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

1014 Por ejemplo, para MAPELLI CAFFARENA, la inclusión en nuestro Derecho de los delitos de terrorismo con resultado de muerte dentro del listado de los considerados imprescriptibles tras la reforma del Código por Ley Orgánica 5/2010 comporta “el riesgo de provocar la ruptura del dique”. MAPELLI CAFFARENA, BORJA: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, Cizur Menor

Puede hacerse un breve repaso histórico de las posiciones críticas con la institución de la prescripción que han fundamentado la evolución de las normas. En general, los autores que se han mostrado contrarios a la institución lo han hecho –como apunta REY GONZÁLEZ–, influenciados por la escuela clásica y su idea de retribución como fin de la pena, ya que, para los autores de esta escuela, sólo se restauraba el orden jurídico perturbado por el delito mediante la retribución del mal por el mal. Esta doctrina, a su vez, parece seguir la concepción moral del delito, donde el tiempo no influye en la sanción¹⁰¹⁵. Hoy en día, aunque la pena se justifique de modo general por sus fines y no como mera retribución, es normal que el hecho de que un delito quede impune habiendo un autor conocido cause rechazo –mayor cuanto más grave sea el delito de que se trate– y en consecuencia la prescripción se critique también desde el punto de vista de los fines de la pena, pues la impunidad de un delito puede animar a otros a cometerlo, o al mismo autor a repetirlo, frustrando los fines de prevención general y especial de las penas.

La Escuela positiva italiana trató de modificar la institución de la prescripción vinculándola a los distintos tipos de criminales que distinguía y haciendo depender su eficacia de la observancia de una buena conducta, de modo que la prescripción sólo sería admisible cuando el delincuente se hubiese corregido y no fuese ya considerado un peligro para la sociedad. Por eso, los positivistas FERRI y ZERBROGIO limitaban la prescripción a los delitos de ocasión o de móvil pasional, negándola tajantemente en los delitos de hábito¹⁰¹⁶ y GAROFALO –uno de los máximos representantes de esta escuela

(Navarra), quinta edición, de abril de 2011, pág. 437.

1015 REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999, pág. 43.

Por su parte, LA ROSA recuerda que la variabilidad de la ley natural y, por lo tanto, la acción del tiempo sobre ella aparece tratada y resuelta por SANTO TOMÁS DE AQUINO, al establecer la distinción entre la ley eterna, la natural y la humana. La primera es por esencia universal e inmutable y está fuera de la acción y hasta del conocimiento directo del hombre. La natural es la participación de las criaturas en la eterna; es la misma entre todos en cuanto a los principios comunes, pero no en cuanto a determinadas deducciones y aplicaciones y, sobre todo, es mudable respecto a adiciones y variaciones útiles según los respectivos tiempos. Con relación a la ley humana, considera que se refiere, conforme a su naturaleza, al lugar y al tiempo. Cfr. LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 13.

1016 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO: «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada. ¿Un modelo de excepción?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 488, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2001. También en *aranzadidigital.es* con referencia BIB 2001, 625.

y conocido por haber acuñado el término “Criminología”¹⁰¹⁷—, se mostraba partidario de limitar el ámbito de aplicación de la prescripción del delito, que no podía seguir siendo aceptada de la manera absoluta en que lo hacían los Códigos, pues de este modo no era más que una prima para el criminal hábil. Por ello, la institución debía ser reinterpretada a la luz de las exigencias de la defensa social¹⁰¹⁸, de modo que sólo fuese admitida cuando el reo hubiera mostrado su corrección y para determinados delitos leves o cometidos por delincuentes no habituales que, habiendo delinquido sólo una vez, hubiesen demostrado luego su transformación moral, esto es, “cuando el reo haya probado, con su conducta, que no es un elemento antisocial, o cuando, por haber cambiado sus condiciones de existencia, se crea que el delito no tiene posibilidades de repetirse”¹⁰¹⁹. En cambio, la prescripción debía excluirse, a juicio de GAROFALO, en todo caso cuando se tratase de grandes criminales instintivos no susceptibles de enmienda. El profesor en la Universidad de Nápoles explicaba así que “Otro beneficio concedido por la ley a los delincuentes es la prescripción de la acción penal. Se comprende la razón de esta institución en materia civil: cuando por largo espacio de tiempo hemos dejado de hacer valer nuestros derechos, puede suponerse una renuncia

1017 La Criminología de esta Escuela positiva italiana se ocupaba de buscar las causas del delito como fenómeno empírico individual (Antropología y Psicología Criminal) y social (Sociología Criminal). No perseguía la explicación sociológica de las normas e instituciones penales, sino que creía poder estudiar *el delito como una realidad natural* independiente de aquellas normas o instituciones. Este planteamiento, que no ha desaparecido en la Criminología “oficial”, se rechaza hoy por la Criminología Crítica, que ha dirigido la atención al estudio sociológico de las *instancias de control penal* (normas penales, policía, Administración de Justicia, cárceles). Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 50.

1018 La defensa social es una constante en la obra de GAROFALO que plasmó las ideas de LOMBROSO en fórmulas jurídicas. GAROFALO defendía la pena de muerte y la eugenesia de los enfermos mentales, llegando a abrazar el fascismo en su madurez.

1019 GAROFALO, RAFFAELE: *Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*, Turín, 1885, en la versión española de PEDRO BORRAJO, editor Daniel Jorro, Madrid, 1912, pág. 482.

En España, para compaginar la pretendida seguridad jurídica con esta sentida necesidad de defensa de la sociedad, la doctrina ha propuesto diferentes mecanismos. Uno de los medios más eficaces ideados por la doctrina ha sido considerar que la prescripción se interrumpe por la comisión de un nuevo delito, aunque se hace necesario advertir que en nuestro Código Penal actual, a diferencia de lo que ocurría en el de 1822 (Establecía el art. 176 del Código Penal de 1822 que “Cualquier delito o culpa que se cometa antes de cumplirse el término de la prescripción, la interrumpe, y deberá empezarse a contar el término desde la fecha del segundo delito”) no existe tal causa de interrupción de la prescripción del delito, de modo que la comisión de uno nuevo no influye en el cómputo del tiempo de prescripción del anteriormente cometido. Esta postura era la defendida por ANTÓN ONECA, que aludía, como fundamento de la prescripción, a una causa natural como es el efecto destructor del tiempo, que hace innecesaria la prevención general, al amortiguarse la exigencia de retribución y el sentimiento de alarma que brota en la opinión pública al producirse el delito. Cfr. ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1930, págs. 612 y ss.

tácita que impida turbar algún tiempo después al poseedor de buena fe, pero cuando se trata de malhechores, ¿es una razón para no molestarlos la de que hayan sabido escapar por algún tiempo a las investigaciones de la policía? (...) De aquí naturalmente se deduce que la prescripción no se admitirá jamás *a priori*, cuando se trate de esos grandes delincuentes que hemos clasificado en la categoría de asesinos, ni cuando se trate de impulsivos por alcoholismo, mientras no desaparezca el vicio que los constituye en tal estado, ni a favor de los ladrones o estafadores, mientras fueran ociosos y vagos”. Al referirse a la prescripción del delito, GAROFALO también apuntaba distintos argumentos que hoy en día sustentan medidas legales implantadas en nuestro Derecho para la protección de las víctimas de delitos violentos, como son las órdenes de alejamiento o las prohibiciones de residir en determinados lugares. Decía que “hoy sucede con frecuencia que el que ha ofendido mortalmente con un rapto o un estupro el honor de una familia, o el que por medio de una herida ha enfermado o deformado por toda su vida a otro, si puede escapar durante cinco años a la policía o si después de la condena puede burlarla por espacio de diez años, podrá vivir en los mismos lugares que fueron ensangrentados o escandalizados con su delito, en presencia de los mismos ofendidos y bajo la protección de una justicia que, si fue impotente contra su delito, es hoy fiadora de su tranquilidad”¹⁰²⁰.

Como puede comprobarse, la Escuela positiva se propuso modificar la esencia de la institución hasta tal punto que bien puede decirse, con PEDREIRA GONZÁLEZ, que manifestó una actitud contraria a la misma¹⁰²¹, aunque para otros, como MORILLAS CUEVA, esta dirección doctrinal no rechazó el instituto prescriptivo; simplemente argumentaba con una opción diferente, al exigir que cada caso particular fuese resuelto en vista de lo que la defensa social requiriese, y conforme al principio según el cual, cuando el tiempo haya producido una transformación moral que haya hecho del delincuente un ser sociable y útil, la pena o la acción penal no tienen objeto¹⁰²².

1020 GAROFALO, RAFFAELE: *Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*, Turín, 1885, en la versión española de PEDRO BORRAJO, editor Daniel Jorro, Madrid, 1912, pág. 481-484.

1021 Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 72-73.

1022 Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (273).

Fuera de Italia, pero en sintonía con la idea de defensa social, el belga PRINS –que aceptaba la prescripción del delito como institución procesal–, criticaba no obstante la prescripción de la pena por considerar que “es la impunidad pura y simple, y la impunidad es un mal ejemplo para las masas”¹⁰²³. El inglés BENTHAM, uno de los principales representantes del utilitarismo, ya había dicho que la prescripción del delito podría “tener lugar sin inconveniente en los delitos de temeridad y de negligencia, delitos que resultan de una falta exenta de mala fe. Después del accidente se ha visto la circunspección del delincuente, y ya no es un hombre temible. Su perdón es un bien para él, y no es un mal para nadie. Se puede también extender la prescripción a los delitos no consumados, a tentativas que han fallado. El delincuente en el intervalo ha sufrido en parte la pena; porque temerla ya es sentirla. Por otra parte se ha abstenido de delitos semejantes; se ha reformado a sí mismo, se ha hecho un miembro útil para la sociedad, y ha recobrado su salud moral sin usar del remedio amargo que la ley le había preparado para curarle. Pero si se tratara de un delito mayor, por ejemplo, de una adquisición fraudulenta, capaz de hacer rico a un pobre, de una poligamia, de un estupro violento, de un robo con fuerza armada, sería odioso, sería funesto, el permitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar sobre la inocencia. Fuera de transacciones con malvados de esta clase, y que la espada vengadora de la ley esté siempre suspendida sobre su cabeza. El espectáculo de un delincuente que, protegido por las leyes que ha violado, goza en paz del fruto de su delito, es un cebo para los malhechores, un objeto de dolor para los hombres de bien, y un insulto público a la justicia y a la moral”¹⁰²⁴.

Tampoco los correccionalistas españoles¹⁰²⁵ admitieron con agrado la prescripción de los delitos¹⁰²⁶. Para los correccionalistas, la pena resultaba necesaria

1023 PRINS, ADOLPHE: *Science pénale et Droit positif*. Bruxelles-Paris, 1899, pág. 562. Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (273).

1024 BENTHAM, JEREMY: *Tratados de legislación civil y penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 300.

1025 Como se ha dicho, el correccionalismo apareció en Alemania en la primera mitad del siglo XIX, encontrando su presupuesto filosófico inmediato en la construcción de KRAUSE, y fue introducido en el ámbito penal por KARL ROEDER. En España, sin embargo, el pensamiento de los denominados correccionalistas fue ecléctico, pues en principio admitieron la orientación de ROEDER, pero a diferencia de éste –que sólo admitía la enmienda del delincuente– los españoles, al desarrollar sus posturas, continuaron con la tradición española de los varios fines de la pena. Cfr. ANTÓN ONECA, JOSÉ: «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, Tomo II, pág. 1024.

para corregir a un delincuente incapaz de hacer buen uso de su libertad exterior. Por eso, la idea de la prescripción, en cuanto encierra la renuncia a la pena, no era bien aceptada, porque el transcurso del tiempo no constituye, por sí solo, suficiente enmienda. De este modo, para SILVELA, uno de los principales representantes de esta corriente doctrinal, la prescripción era apreciable por “haber observado el reo una conducta intachable por un espacio de tiempo bastante largo para que pueda pensarse que ha adquirido el hábito o la virtud de la justicia, y que no es obra sólo de la hipocresía”, pero no bastaba con el mero transcurso del tiempo, al no considerar exacto que sólo los días y los años transcurridos “borren por sí solos y totalmente la huella que el crimen dejó, aun apreciado este hecho por el sentido común. Si el agente ha persistido en su vida criminal, nadie se opondrá a que se le castigue como merece por todos los actos que hubiere ejecutado aun en época lejana. Lo contrario sucede cuando ha mudado de conducta; pero entonces este cambio en el modo de considerar el asunto no es, como fácilmente se comprende, la obra exclusiva del tiempo”¹⁰²⁷. También SALDAÑA –cuya postura podía calificarse según él mismo como un “nuevo correccionalismo”¹⁰²⁸–, razonaba mediante preguntas y respuestas: “¿Qué es la prescripción del delito? Un premio a la ligereza del criminal, que huye, cobarde y vil, la pena. ¿Qué es la prescripción de la pena? Un castigo a la justicia torpe, que no logró prender al criminal; a la incuria de la justicia, y a la sociedad, que la tiene por justicia”¹⁰²⁹.

Finalmente, puede citarse, con PEDREIRA GONZÁLEZ, cómo la prescripción del delito suscitaba también el rechazo de los juristas de la Alemania nacionalsocialista, que defendían el carácter permanente de la culpabilidad. Por eso, la Comisión de

1026 Cfr. ANTÓN ONECA, JOSÉ: «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, Tomo II, pág. 1024.

1027 SILVELA, LUIS: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, págs. 355 y ss.

1028 Según sus propias palabras “nuevo correccionalismo; pero no racionalista, como el de Röeder, sino científico (...) ni sentimental, como el humanitario de Howard o el utópico de Dorado Montero, sino utilitario; en una palabra, no dogmático (...), sino pragmático. (...) Este nuevo correccionalismo empieza por reducir la corrección penal, de fin de la pena (...), a simple *medio* para la defensa social y perfección social, que son los *finés sociales* y, en relación con la pena-medio, los *finés penales*”. SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO: *Teoría pragmática del Derecho penal*. Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1925, págs. 14-15.

1029 SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO: *Adiciones al Tratado de Von Liszt*, tomo 3º, págs. 418-419, citado por MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (273).

Derecho penal que preparó el proyecto alemán de 1936 justificaba la pena de la manera siguiente: “La necesidad de expiación es tan antigua, para nosotros los germanos, como antiguo es nuestro pueblo. Para nosotros, culpabilidad y expiación están ligados entre sí y se condicionan recíprocamente. Esto no se puede justificar racionalmente y justificarlo filosóficamente no es necesario, puesto que tal exigencia de la expiación vive en nosotros; ¡y eso basta!”¹⁰³⁰.

Pero la experiencia del nazismo fue determinante en la construcción del novedoso concepto de la imprescriptibilidad, surgido en el ámbito internacional y que aplicó con toda contundencia en los juicios de Núremberg, luego cristalizado en varios tratados internacionales, como el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 280 A III) el 9 de diciembre de 1948¹⁰³¹, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, de 9 de diciembre de 1968¹⁰³² y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998¹⁰³³. Éste último, -que a diferencia del anterior, fue ratificado por España-, vino a establecer una jurisdicción complementaria de la de los distintos países que han ratificado en convenio, no sólo pretende impedir la impunidad por razón del tiempo transcurrido desde la comisión del delito sino también por razón del lugar donde se cometió, evitando todo tipo de trabas a la persecución de los delitos considerados más graves.

Quizás la más contundente crítica a la posibilidad de prescripción en la literatura ha sido la de JANKELEVICH, quien en *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*, donde abogaría por la imprescriptibilidad de los crímenes contra la

1030 En cita de PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 74.

1031 El Convenio fue publicado en el BOE nº 34, de 8 de febrero de 1969 y 18 de septiembre de 1985. El día 13 de septiembre de 1968, el Estado español depositó en la Secretaría General de las Naciones Unidas (Nueva York) el Instrumento de Adhesión al Convenio incluyendo, sin embargo, una Reserva a la totalidad del artículo IX (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). En 2009, se aprobó la retirada de dicha reserva, siendo depositado el Instrumento de aprobación de la retirada a dicha reserva con fecha 24 de septiembre de 2009, a partir de la cual surte efectos. (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2009).

1032 Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de noviembre de 1968.

1033 El Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, fue publicado en BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2002, y está vigente desde el 1 de julio de 2002. http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

humanidad por ser actos que negaban la esencia misma del hombre, de modo que “la prescripción tendente a absolverlo en nombre de la moral contradice ella misma la moral” negaría el valor normativo del transcurso del tiempo por sí mismo, al firmar, que “es en general incomprensible que el tiempo, proceso natural sin valor normativo, pueda ejercer una acción atenuante sobre el insostenible horror de Auschwitz”¹⁰³⁴.

1034 JANCHELEVITCH, VLADIMIR: *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*, Traducido del francés por Mario Muchnik, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, págs. 27-28.

8. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO DISTINTAS DEL DERECHO PENAL

Aunque la imprescriptibilidad, como imposibilidad de prescripción, se predica por lo general de un delito y es en el ámbito penal donde el concepto ha tenido un mayor desarrollo, en otras ramas del Derecho se encuentran también referencias a este concepto.

En el Derecho civil, mediante la prescripción se adquieren derechos o potestades (prescripción adquisitiva), o se pierden (prescripción extintiva) cuando no se han ejercitado durante determinados períodos de tiempo. Habiéndose discutido si el objeto de la prescripción era el derecho mismo o la acción para ejercitarlo, se ha llegado a la conclusión de que claramente son ambas cosas las que se extinguen, dada la solidaridad entre las ideas de obligación, derecho y acción respecto al deudor y al acreedor. En España, el texto del Código Civil zanja definitivamente la cuestión al establecer expresamente que se extinguen por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean (art. 1.930, párrafo 2º)¹⁰³⁵.

Se dice que existen bienes imprescriptibles, pero ello no es más que la negación de posibilidad de adquirir su propiedad mediante usucapión¹⁰³⁶. Existen también acciones procesales imprescriptibles que responden a la consideración, desde el Derecho romano, de que determinadas situaciones de hecho resultan antieconómicas. Por eso, el art. 1965 del Código Civil establece que “No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas”.

1035 Sin embargo, no existe en el Código Penal español un artículo similar que permita cerrar la cuestión de forma similar, puesto que no cabe identificar el ejercicio del *ius puniendi*, primitivamente considerado un “derecho a penar del Estado” (que sólo se materializará ante la comprobación del hecho delictivo y de la participación en él del acusado) con el ejercicio de la previa acción penal, que asiste a todos los sujetos de Derecho que cumplan con los requisitos de capacidad de los arts. 101 y 102 LECrim¹⁰³⁵. El Código Penal español se limita a señalar que la prescripción es, según señala el art. 130, una causa de extinción de la responsabilidad criminal.

1036 De hecho, la prescripción adquisitiva puede considerarse la otra cara de la moneda de la prescripción extintiva. Sin extendernos sobre esta cuestión, cabe señalar que, como pone de manifiesto SANCINIENA ASURMENDI, la relación entre la prescripción adquisitiva y la extintiva ha sido discutida, cuestionándose si cabe una prescripción extintiva con independencia de la usucapión; o si, por el contrario, la prescripción extintiva exige de suyo la concurrencia de una prescripción adquisitiva por parte de otro. Cfr. SANCINIENA ASURMENDI, CAMINO: «La prescripción extintiva»: *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* / Manuel Jesús Marín López (aut.), Esther Arroyo i Amayuelas (aut.), Pedro del Olmo García (aut.), Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (aut.), Andrés Domínguez Luelmo (aut.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (aut.), Francisca Ramón Fernández (aut.), Camino Sanciñena Asurmendi (aut.), 2014, ISBN 978-84-9086-105-9, págs. 513-535.

También se dice que los Derechos Humanos, cuyo reconocimiento y construcción doctrinal comparten origen histórico con la noción de imprescriptibilidad penal, son imprescriptibles. Con ello se alude a que no se adquieren ni se pierden con el paso del tiempo por ser consustanciales a la persona, siendo asimismo irrenunciables. No obstante, cuando tales Derechos Humanos se positivizan en forma de derechos fundamentales¹⁰³⁷, que éstos sean imprescriptibles no significa que en caso de que sean vulnerados, la ley no pueda sujetar la posibilidad de reclamación a un plazo de prescripción. El Tribunal Constitucional español ha señalado que la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es óbice para que el legislador imponga la necesidad de ejercitar las acciones no penales en un plazo determinado, produciéndose la prescripción en caso contrario¹⁰³⁸. Y respecto de la prescripción en el ámbito penal, ha

1037 Los derechos fundamentales, según PÉREZ LUÑO, serían “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. Cfr. PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE: *Los derechos fundamentales*, Tecnos (Grupo Anaya), Temas clave de la Constitución española, 10ª edición de 2011 (1ª de 1984), pág. 42.

1038 La Sentencia núm. 157/1990 de 18 octubre reitera doctrina tanto de la Sentencia núm. 7/1983 de 14 febrero como en la Sentencia núm. 58/1984 de 9 mayo que, sin embargo, se refieren a sendos supuestos de vulneración del derecho de igualdad entre sexos en el ámbito laboral, de modo que los plazos de prescripción aplicados no se refieren a infracciones penales sino a acciones de Derecho privado, en este caso laboral.

En la primera de las sentencias que se citan en la 157/1990, esto es, la núm. 7/1983 de 14 de febrero (RTC 1983, 7), el derecho fundamental y por tanto imprescriptible cuya posible vulneración se cuestiona (pues se trata de la resolución de dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas) es el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. No se alega por tanto, como argumento para cuestionar la constitucionalidad de la norma, que la prescripción suponga la vulneración de otros derechos fundamentales (imprescriptibles) como pueden ser el derecho a la vida o a la integridad física y moral, y que pueden verse también afectados por la comisión de una infracción penal de este tipo. Destaca el voto particular del Magistrado señor Díez Picazo y Ponce de León, que considerando la dimensión de norma, además de la de principio del art. 14 CE, se muestra en contra de que “el plazo de prescripción pueda ser el establecido en el derecho que regula la relación jurídica de base en la cual la lesión concreta se produce”, lo que significaba, en el caso comentado, aplicar los plazos de prescripción de las acciones derivadas de un contrato de trabajo, a derechos que tienen su asiento en la propia Constitución. Expresa el Magistrado del Tribunal Constitucional la siguiente idea: “*en los derechos de carácter absoluto, como tienen que ser los derechos fundamentales, mientras la lesión subsista, la prescripción no puede comenzar a contarse. Y este es para mí el tema en el caso de la igualdad jurídica. Por mucho tiempo que una desigualdad se perpetúe, no cabe duda de que las víctimas de la discriminación no tienen prescrita su acción para reaccionar frente a ella, sin perjuicio de que puede prescribirles su derecho a la restitución de los bienes concretos que pueden ser consecuencia de la desaparición de tal discriminación*”. En cualquier caso, la contradicción salta a la vista. Si se dice que un derecho, por ser fundamental, es imprescriptible, ¿cómo puede prescribir la acción para hacerlo valer? Por otro lado, es manifiesta la falta de homogeneidad en los pronunciamientos que, sin embargo, se pretenden equiparables.

La Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre, que reitera también la doctrina vertida en Sentencia núm. 147/1986 de 25 de noviembre, no se refiere directamente a la vulneración de derechos fundamentales contra la que un plazo de prescripción transcurrido impida reclamar. Esta Sentencia 147/1986 declaró la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 1/1984, de 9 de enero, en cuanto declara imprescriptibles las acciones laborales incluidas en los arts. 5 y 8 de la Ley 46/1977, de 15 de

señalado que aunque un delito ataque un derecho fundamental, ello no es óbice para que el ejercicio de la acción para reclamar por tal violación esté sujeto a plazo¹⁰³⁹.

Sin embargo, como a continuación se estudiará, el concepto de imprescriptibilidad de los delitos acogido en nuestro Código Penal tiene su origen en el Derecho internacional con base en los Tratados, y en especial en las construcciones doctrinales surgidas a partir de la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Núremberg.

octubre, de Amnistía, así como la inconstitucionalidad de la disposición adicional de la Ley 1/1984, de 9 de enero, que añadía un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, concebido en los siguientes términos:

«Art. 11 bis. Las acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en esta Ley serán imprescriptibles. No obstante, los efectos económicos de los derechos reconocidos estarán sujetos a las distintas normas de prescripción del Ordenamiento Jurídico.»

Por su parte, en la Disposición adicional de la referida Ley 1/1984, se establecía que «los interesados podrán solicitar la aplicación de la Ley de Amnistía, incluso cuando haya habido resolución judicial que declare la inadmisión del proceso por prescripción de la acción».

La Sentencia del Tribunal Constitucional aquí comentada vino a dar respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que fueron planteadas por diversas Magistraturas de Trabajo, que no cuestionan la constitucionalidad de la norma por impedir la reclamación frente a una prescripción que priva de indemnización frente a vulneración de derechos fundamentales (los consagrados en los arts. 14 a 29 de la Constitución), sino por poder ser contraria al principio de seguridad jurídica (art. 9.3), o al art. 81 de la C. E., que impone que determinadas normas deban tener rango de ley orgánica y, pudiendo además vulnerar el art. 62, i), de la C. E., que atribuye en exclusiva al Jefe del Estado la facultad de conceder indultos generales. Otro Magistrado que planteó la cuestión de inconstitucionalidad entendía que la norma que podía vulnerar los arts. 38, 10.1 y 118 de la Constitución y otro incluso, además, el 25.1.

Razona el Tribunal Constitucional en relación con la imprescriptibilidad de derechos ligados al ámbito laboral que se vino a establecer con la Ley de Amnistía que *“no es que se trate de devolverle plena integridad a la relación que desapareció –haciéndole recobrar, incluso retroactivamente, todos sus efectos–, sino de conceder nuevos derechos vinculados a la relación que se extinguió y ahora se reconstituye, si bien con efectos sólo parciales”*.

1039 El Tribunal Constitucional ha declarado en la Sentencia 157/1990, con reiteración de doctrina ya expresada en otras anteriores, que “si el fundamento y razón de ser de la prescripción de la responsabilidad criminal es, en definitiva, la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, ningún reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional, a que el ordenamiento, a la vez que establece las conductas punibles, limite temporalmente el ejercicio por el Estado del derecho a castigar. Como ha afirmado este Tribunal -SSTC 7/1983 (RTC 1983, 7), 58/1984 (RTC 1984, 58) y 147/1986 (RTC 1986, 147)-, el hecho de que los derechos fundamentales sean permanentes e imprescriptibles es compatible, sin embargo, con el ejercicio de la correspondiente acción que permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación, esté sujeto a un plazo de prescripción”. Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 octubre (RTC 1990, 157), que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 732/1987, formulada por el Juzgado de Distrito de Peñarroya-Pueblo Nuevo (Córdoba) en autos de juicio de faltas 59/1987, y 2.020/1988, formulada por el Juzgado de Distrito de San Feliú de Guixols en autos de juicio de faltas núm. 109/84, en relación con los arts. 113, párr. sexto y 114, párr. segundo «in fine» del Código Penal (de 1973) que regulaban la materia de la prescripción de las faltas.

9. NÚREMBERG COMO ORIGEN HISTÓRICO DE LA ACTUAL NOCIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD COMO REACCIÓN FRENTE A LA IMPUNIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Como se ha expuesto extensamente, la prescripción se ha fundamentado, desde BECCARIA y su *Tratado de los delitos y de las penas*¹⁰⁴⁰, en ideas tales como que la pena tardía es injusta (por innecesaria) así como en la necesidad de que no penda sobre nadie la amenaza penal indefinidamente. Sin embargo, la imprescriptibilidad que hoy en día se predica de determinados delitos, tanto en el ámbito internacional como en las legislaciones internas, no se fundamenta en la negación de tales argumentos¹⁰⁴¹, que ya hemos desarrollado -aunque en ocasiones se aluda a ellos negando que sean de aplicación a determinados delitos por razón de su gravedad¹⁰⁴²-, sino más concretamente en la idea de la lucha contra la impunidad nacida en el ámbito del Derecho penal internacional y que es fruto del consenso alcanzado tras la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁴³, de donde proviene la idea de los delitos de lesa humanidad, a los que hoy pretende

1040 BECCARIA, CESARE: *Tratado de los delitos y de las penas*. Puede verse la edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.

1041 Acertadamente observa SILVA SÁNCHEZ que la idea de la lucha contra la impunidad se ha convertido en el fin más “moderno” del Derecho Penal, hasta el punto de que cuando aparece, dejan de mencionarse los tradicionales fines de la pena de prevención general y prevención especial. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

1042 No obstante, si la prescripción encontraba su fundamento en el olvido del hecho transcurrido un largo tiempo -lo que en definitiva hacía ya innecesaria la pena, que no cumpliría sus fines de prevención general-, la imprescriptibilidad se ha justificado en ocasiones aludiendo a la necesidad de recordar lo sucedido o directamente a la imposibilidad de olvidarlo (LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 131). Y si la prescripción se justificaba también a menudo por la necesidad de seguridad jurídica, lo cierto es que genera mayor inseguridad un sistema en el que algunos delitos (los más) prescriben y otros (los menos) no lo hacen que un sistema que (al margen de los problemas constitucionales a los que ello podría conducir) en el que se consagrara la imprescriptibilidad de todos los delitos sin excepción alguna (en este sentido, GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?» *Revista Crítica Penal y Poder*. 2013, nº 4, marzo (págs. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona).

1043 SILVA SÁNCHEZ afirma que la buena fama de que gozan las doctrinas de la lucha contra la impunidad tanto en círculos académicos y forenses, así como en la opinión pública se debe, en muy amplia medida, al ámbito concertado en que se ha forjado: el de los delitos contra la humanidad; también a los órganos que las han ido elaborando: tribunales internacionales y, siguiéndolos, tribunales constitucionales nacionales; finalmente, a la fuente de la que se han extraído: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

anudarse la idea de imprescriptibilidad en base a consideraciones valorativas. La idea se remonta a Núremberg, donde se tipificaron por primera vez los denominados “crímenes contra la humanidad”, junto con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra (art. 6 del Estatuto de Núremberg).

Sin embargo, lo cierto es que en los juicios de Núremberg, los crímenes contra la humanidad tuvieron un menor peso en comparación con el resto de acusaciones formuladas contra los perdedores de la Guerra. Asimismo, se produjeron curiosas dificultades de traducción, señaladas por HUHLE: Los términos “humanity”, “humanité” y también “humanidad” tienen por los menos dos significados muy distinguibles: uno que se refiere al género humano como entidad, y otro que apunta a un comportamiento supuestamente característico del ser humano, el humanismo, lo humanitario etc. En otros idiomas, tal como el alemán, los dos conceptos semánticos corresponden a dos palabras diferentes, lo que obliga a los traductores a tomar una decisión. Sin embargo, en la edición oficial de los documentos del Tribunal Internacional de Núremberg, en distintos lugares se usan ambos términos (“*Verbrechen gegen die Menschheit*” y “*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*”) sin discriminación. Erróneamente, el término que ha quedado de uso en alemán es el de “*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*”, es decir “crimen contra lo humanitario”, lo que Hannah Arendt con razón criticó como absolutamente inadecuado al verdadero carácter y tamaño del holocausto (HANNAH ARENDT: *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, Hamburg 1978, pág. 324). Recuérdese, por lo demás, que el término “crímenes contra la humanidad” tampoco tenía una tradición larga o elaborada en la historia del derecho internacional. Surge por primera vez en el contexto de los esfuerzos -frustrados- después de la primera guerra mundial de sancionar el genocidio del pueblo armenio cometido por el gobierno turco (v. CHERIF BASSIOUNI: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht/Boston/ London 1992, págs. 165 ss.)¹⁰⁴⁴.

De este modo, aunque es un lugar común aludir al horror del Holocausto como fundamento de la nueva Justicia internacional surgida de Núremberg, y en especial de la

1044 HUHLE, RAINER: «De Núremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas» (nota 1 a pie de página). KO'AGA ROÑETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria*, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*. También en: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, lo cierto es que el Holocausto desempeñó ante el tribunal un papel meramente secundario, como afirma THOMAS DARNSTÄDT: *“La razón es que las naciones que formaban parte del mismo no habían podido ponerse de acuerdo para castigar las acciones llevadas a término por un Estado contra sus propios ciudadanos. De ahí que la Carta de Londres solo castigase el asesinato de los judíos si había tenido lugar durante la guerra más allá de las fronteras alemanas, por ejemplo en la Francia o Polonia ocupadas.*

*Esta limitación de los Principios de Núremberg, que inmediatamente fue recibida por los judíos de todo el mundo con consternación, se explica por las reservas con las que Jackson y sus colegas emprendieron la tarea de construir el nuevo orden mundial: Estados Unidos no quería remover los sagrados principios de la soberanía estatal, de forma que sus asuntos internos pudieran ser juzgados -moral y jurídicamente- desde el exterior. En las negociaciones londinenses, Jackson no disimuló los temores de Washington a que la discriminación de los negros en Estados Unidos pudiera ser juzgada un día por un tribunal internacional. El Holocausto no es comparable con el virulento racismo reinante en Estados Unidos por aquel entonces, pero el derecho se ocupa de los principios y estos estaban llamados a mantenerse después de Núremberg: ninguna intrusión en los asuntos internos, por mucho que estos asuntos puedan ser, en sí mismos, delitos de lesa humanidad”*¹⁰⁴⁵.

Asimismo, hay que destacar, con HUHLE, que “el término “Derechos humanos” no se usa en el Estatuto, y una revisión de los demás documentos del proceso (lleenan veinte tomos gruesos en letra minúscula) tampoco arrojará ese término tan importante para nosotros. Eso es así, no obstante la presencia en el Tribunal de juristas provenientes de tres de los países que más méritos tienen en la historia del concepto de los derechos humanos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

La ausencia del término “derechos humanos” en Núremberg nos indica que este concepto, a la época, no había ingresado todavía en el ámbito del derecho

1045 DARNSTÄDT, THOMAS: «La Justicia Universal empezó en Núremberg», Revista Ahora, Número 9, de 13/11/2015. Traducción de Manuel Arias Maldonado. <https://www.ahorasemanal.es/la-justicia-universal-empezo-en-nuremberg>

*internacional ni del derecho penal. Era exclusivo, todavía, del reino de la filosofía del derecho o a lo mejor del derecho constitucional*¹⁰⁴⁶.

En efecto, no sería hasta el 10 de diciembre de 1948 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos del Hombre¹⁰⁴⁷, que ocupan hoy en día el papel que en su momento ocupara el Derecho natural¹⁰⁴⁸, sirviendo como criterio que permite distinguir entre legalidad y legitimidad.

Es también en esta distinción entre legalidad y legitimidad donde se encuentra el fundamento de la actual noción de imprescriptibilidad de determinados delitos que han recogido códigos penales como el español, y que surgió como reacción frente a la impunidad de los crímenes de Derecho internacional. En este Derecho, con fuerte influencia anglosajona, la imprescriptibilidad no consiste en la negación legalmente prevista de la posibilidad de que determinados delitos prescriban, sino que consiste en la negación de la validez del Derecho interno de un Estado cuando contradice el Derecho internacional en materia criminal, considerándose por tanto que el Derecho internacional legítimo debe prevalecer sobre el Derecho interno, ilegítimo. Debe tenerse en cuenta que el *Common Law* anglosajón no admite la posibilidad de prescripción de los delitos como regla general, sino que únicamente se cita en algunos preceptos particularizados en el *Statute Law*¹⁰⁴⁹, y que dos de las cuatro potencias que suscribieron el Estatuto de Núremberg tienen esta tradición jurídica, como es Gran Bretaña

1046 HUHLE, RAINER: «De Núremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA ROÑE'ETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria*, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*. También en: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

1047 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III))

1048 Como afirma VICTORIA CAMPS “El culto de nuestro tiempo es el de los derechos humanos. Producto de la secularización de la cultura, ocupan el lugar que en tiempos tuvo la religión: el lugar de los mandamientos y deberes morales inspirados en la revelación divina. Son la instancia legitimadora de los programas políticos. El más alto tribunal de apelación en las disputas sobre la justicia de la ley”. Para CAMPS, llevaba razón BOBBIO al afirmar que “el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”. Los Derechos Humanos, tal como los formula la Declaración, no se autofundamentan, pero son un punto de partida que conviene tomar por bueno (112). Cfr. CAMPS, VICTORIA: «El descubrimiento de los Derechos humanos», en *El fundamento de los derechos humanos* (JAVIER MUGUERZA y otros autores, edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez, Editorial Debate, Madrid, 1989, págs. 111-117 (111).

1049 Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (272).

(habiendo ostentado el juez inglés *Lord Justice* Geoffrey Lawrence la Presidencia de los jueces del Tribunal de Núremberg) y Estados Unidos (cuyo Fiscal H. Jackson presidió el Ministerio Público).

La clave radica por tanto en determinar si el juzgador que niega que un delito haya podido prescribir –ya sea un juzgador de otro Estado o un Tribunal internacional– reconoce o no legitimidad al régimen de poder que sustenta la legislación en virtud de la cual el delito quedó o podría quedar impune según la normativa interna, por prescripción o en virtud de otra figura jurídica. De ahí que en un Estado considerado de Derecho y que respeta en consecuencia el principio de legalidad, no puedan aplicarse de forma retroactiva normas que establezcan la imprescriptibilidad de un delito que no se consideraba imprescriptible en el momento de cometerse, salvo que se aleguen circunstancias tales como un cambio de régimen político, declarando ilegítima la legalidad imperante cuando el delito se cometió. Éste es la función más importante que cabe reconocer a los juicios de Núremberg, donde sólo se condenó a los dirigentes: su efecto simbólico en el sentido del reproche moral y de dejar fijada para siempre una declaración de ilegitimidad de sus acciones.

9.1. El Acuerdo y el Estatuto de Londres de 1945

El 8 de agosto de 1945, el mismo Día de la Victoria aliada, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas firmaron el Acuerdo y el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional de Núremberg¹⁰⁵⁰. La ciudad de Núremberg como sede fue sugerida por el Juez federal americano ROBERT J. JACKSON, quien ejerció como abogado fiscal acusador principal por parte de los Estados Unidos en el proceso, y se hizo cargo de la organización del juicio. JACKSON habría elegido esta ciudad porque era la única que disponía de un palacio de justicia con suficiente espacio y el cual solamente había sido dañado levemente durante los bombardeos de la guerra (22.000 metros cuadrados de superficie con aproximadamente 5.330 oficinas y

1050 http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

aproximadamente 80 salas, en cuya proximidad se disponía una prisión asimismo no destruida. MARTÍNEZ GARCÍA refiere también que esta elección resultaba “ejemplarizante para el pueblo alemán”, por haber sido allí dictadas muchas de sus leyes penales¹⁰⁵¹, así como por haberse realizado también parte de sus innumerables desfiles y paradas militares¹⁰⁵².

El art. 6 del Estatuto de Núremberg sentaba las bases para el enjuiciamiento de individuos por los actos siguientes:

a) crímenes contra la paz: esto es, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos antes indicados;

b) crímenes de guerra: esto es, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

c) crímenes contra la humanidad: esto es, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

1051 Cabe mencionar las conocidas como Leyes de Núremberg: la Ley de ciudadanía del Reich, que excluía de la misma a los judíos y la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, que prohibía los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín, así como las relaciones sexuales extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín. Ambas Leyes fueron aprobadas por unanimidad el 15 de septiembre de 1935, de carácter racista y antisemita adoptadas por unanimidad durante el séptimo congreso anual del NSDAP (*Reichsparteitag*). Cfr. Boletín Oficial del Reich, año 1935, parte I, págs. 1146-1147.

1052 MARTÍNEZ GARCÍA, FERNANDO: *Nüremberg, Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, Torrevieja (Alicante), 3ª edición de 2014, pág. 50.

El proceso se llevó a cabo desde el 20 de noviembre de 1945 al 31 de agosto de 1946 y tras 218 días de sesión en el que fueron examinados 360 testigos, los cuales fueron interrogados en parte oralmente y en parte por escrito y en parte ante el propio tribunal (236 testigos) y en parte a través de jueces designados, se utilizaron más de 2.000.000 *affidavits* (declaraciones bajo juramento) como evidencia, dictándose las sentencias el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946, siendo 3 absolutorias, 12 sentencias a pena de muerte y 7 condenados en parte a cadena perpetua y en parte a prisión¹⁰⁵³, con el siguiente resultado, según refiere JIMÉNEZ DE ASÚA: Sentenciados a morir en la horca: Hermann Goering, Martín Bormann (condenado en rebeldía), Arthur Seyss-Inquart, Gustav Jodl, Wilhelm von Keitel, Fritz Sauckel, Julius Streicher, Wilhelm Frick, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Ernst Kaltenbrunner y Joachim von Ribbentrop. A prisión perpetua: Rudolf Hess, Erich Raeder y Walter Funk. A prisión por términos diversos: Albert Speer y Baldur von Schirach, a veinte años cada uno; Konstantin von Neurath, a quince años, y Karl Doenitz, a diez años. Absueltos: Hjalmar Schacht, Franz von Papen y Hans Fritzsche¹⁰⁵⁴.

Hasta ese momento, y sin perjuicio de las expectativas establecidas en el tratado de Paz de Versalles, frustradas porque el Gobierno holandés denegó formalmente el 23 de enero de 1920 la extradición del ex Kaiser Guillermo II de Hohenzollern, no existían antecedentes de enjuiciamiento de crímenes similares, y por ello tampoco existían normas escritas que los previeran. Por ello, las normas establecidas en el Estatuto de Núremberg, condensadas luego en los Principios, para no quebrar el principio insoslayable del Derecho Penal liberal “*nulla poena sine lege*”¹⁰⁵⁵, tuvieron que

1053 Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, FERNANDO: *Nüremberg, Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, Torrevieja (Alicante), 3ª edición de 2014, pág. 50.

1054 Relata asimismo el autor que “a algunos de los once condenados a muerte les preocupó mucho lo de morir en la horca, modo superlativamente deshonoroso para un alemán, y pidieron ser ejecutados por medio del fusilamiento. Además varios abogados interpusieron demanda de conmutación ante el “Control” aliado de Berlín. No obtuvieron éxito. Mientras tanto movíase bastante alboroto por los periodistas que pedían, en nombre del “derecho del pueblo estadounidense a estar informado”, la publicidad en la ejecución de los castigos. Se autorizó la limitada presencia de periodistas. En las primeras horas del 16 de octubre, de 1946, cumplirse la sentencia, pero poco antes, en la noche del martes 15, Goering se suicidó ingiriendo cianuro que acaso llevaba consigo, en una pequeña cápsula, desde que fue apresado, o que le procuró alguien que no pudo identificarse”. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 1221 y ss. (pág. 1245).

1055 JIMÉNEZ DE ASÚA afirmaría que “el Derecho penal liberal, que ha de imperar, demanda como su más significativo requisito, que nos viene de la Época de las Luces y del Derecho revolucionario de las postrimerías del Setecientos, el respeto a la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*”. JIMÉNEZ DE

apoyarse doctrinalmente en la existencia de una *opinio iuris* anterior a los tratados, difícil de probar, y por ello los procesos seguidos fueron duramente criticados¹⁰⁵⁶, cuestionándose en general su legitimidad política y jurídica, al considerarse que no respetaban el principio de legalidad penal y que aplicaban una justicia de vencedores sobre los vencidos, lo que planteó el debate de si debían ser juzgados por iniciar y desarrollar la guerra de agresión o por perderla¹⁰⁵⁷, pues en la composición del Tribunal sólo intervinieron las cuatro potencias victoriosas en la Guerra, correspondiendo a cada una de ellas la designación de uno de los cuatro miembros de los que constaba –los jueces Biddle (EEUU) y Lawrence (Reino Unido), que lo presidía, el General Nikitchenko (URSS) y el profesor Donnedieu de Vabres (Francia)– que no podían ser recusados¹⁰⁵⁸.

Asimismo, además de la repetida falta de legitimidad por falta de neutralidad al ser los vencidos juzgados por los vencedores, se han achacado a los Juicios de Núremberg multitud de defectos tanto de carácter formal como procesal. Junto con la vulneración del principio de legalidad, estableciendo la eficacia retroactiva del Estatuto, MARTÍNEZ GARCÍA cita la prohibición del derecho a la recusación, el establecimiento de capacidad penal de personas jurídicas de forma que la responsabilidad penal de un acusado se podía declarar por la sola pertenencia a la organización (como sucede con los actuales tipos penales de pertenencia a organización terrorista), la posibilidad de condena en rebeldía de los acusados, presunciones de responsabilidad con inversión del orden de la prueba, etc.¹⁰⁵⁹. JIMÉNEZ DE ASÚA

ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 1271.

Asimismo, en la doctrina judicial española (Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005 de 19 de abril) se ha llegado a afirmar que tal principio es “*un principio de justicia superior*” que “*expresa ante todo un principio de justicia*” aunque seguidamente se decía: “*y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto*”. Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

1056 Las críticas de la doctrina jurídica más relevante de la época pueden verse en JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 1254 y ss.

1057 Cfr. OLLÉ SESÉ, MANUEL: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, págs. 123-124. Con cita de BASSIOUNI: *International Criminal Law*, 2ª edición, T. III, Enforcement, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, New York, 1999, pág. 45.

1058 Cfr. FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Nuevos retos de los derechos humanos*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2006, pág. 39.

1059 MARTÍNEZ GARCÍA, FERNANDO: *Nüremberg, Breve repaso a la Justicia Internacional*

diría que “La serie de actos que se han penado, inexorablemente teñidos de coloración política y por ende superlativamente apasionada; la "carta" para juzgados, escrita con posterioridad a la perpetración de los delitos; el lento y embrollado desarrollo, del proceso; la publicidad exagerada de las ejecuciones, y hasta los episodios concomitantes y posteriores que se han sucedido, creemos que desacreditan para siempre el ilusionado proyecto de un Tribunal y de un Código internacionales”. Sin embargo, el insigne penalista dejó también constancia del servicio que Núremberg “ha prestado a la Historia, revelando documentalmente todo aquel período de dominio hitleriano, que de otra manera no sería tan prolijamente conocido”¹⁰⁶⁰.

Por ello, hoy en día, pese a los defectos que cabe atribuirles desde el punto de vista del respeto a los principios y normas que disciplinan el Derecho penal y su aplicación mediante el debido proceso, el valor que cabe reconocer a los Juicios de Núremberg es su valor simbólico, al suponer la condena moral de las potencias occidentales al nazismo, condenando de forma más simbólica que efectiva los crímenes nazis y estableciendo el punto de partida que constituye la base del actual Derecho penal internacional, de donde parte la noción de imprescriptibilidad que hoy se predica de delitos tales como los de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

9.2. Los Principios de Núremberg, finalmente formulados en 1950

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 95 (I), sobre Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg¹⁰⁶¹, que asimismo encomendó al Comité de Codificación de Derecho Internacional que tratase como un asunto de importancia primordial los planes para formular una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional

Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946, Ediciones Camzo, Torrevieja (Alicante), 3ª edición, 2014.

1060 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 1221 y ss.

1061 Cfr. *Report of the International Law Commission covering its Second Session, 5 June - 29 July 1950*, Document A/1316. <http://legal.un.org/ilc/sessions/2/docs.shtml>

que contuviera dichos principios.

En el transcurso de sus deliberaciones, la Comisión decidió no acometer la formulación efectiva de los principios del Estatuto de Núremberg porque consideraba que esa labor exigía un estudio largo y detenido. Por consiguiente, la Comisión llegó a la conclusión, en su informe (A/332), de que el estudio de las disposiciones sustantivas de los principios de Núremberg debía asignarse a la Comisión de Derecho Internacional, cuyo establecimiento había recomendado la Comisión¹⁰⁶².

Posteriormente, el 21 de noviembre de 1947, en la 123ª sesión plenaria, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó por 42 votos contra 1 y 8 abstenciones la Resolución número 177 (II), sobre Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, en cuyo apartado a) solicitaba a la Comisión de Derecho Internacional que “formulase los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta de los Juicios de Núremberg y en las determinaciones del tribunal”, estableciendo el apartado b) que preparase un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad en el cual se indique claramente la función que corresponde a los a los principios mencionados en el inciso a)¹⁰⁶³.

La Declaración de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948¹⁰⁶⁴ ya había afirmado en su art. 11.2, que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional *e internacional*. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Y en 1950, sobre la base del informe presentado por el Relator Especial (A/CN.4/22), la Comisión aprobó la formulación definitiva de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg y los presentó, junto con comentarios, a la Asamblea General. Pueden leerse en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law*

1062 Cfr. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008, http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf

1063 [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177\(II\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177(II)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

1064 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III))

Comission) de 1950¹⁰⁶⁵.

Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional no formuló ninguna recomendación acerca de posibles medidas (Documento A/1316)¹⁰⁶⁶. Los días 2 a 14 de noviembre de 1950, la Sexta Comisión examinó la formulación de los principios de Núremberg realizada por la Comisión. El 14 de noviembre de 1950, la Sexta Comisión presentó un informe (A/1639)¹⁰⁶⁷ a la Asamblea General que fue examinado el 12 de diciembre de 1950. Siguiendo la recomendación de la Sexta Comisión, la Asamblea General aprobó por 42 votos contra ninguno y 6 abstenciones la resolución 488 (V) en esa misma fecha. En la resolución, la Asamblea General decidió que se enviasen los principios de Núremberg a los gobiernos de los Estados Miembros para que realizaran observaciones y pidió a la Comisión que, cuando preparara el proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, tomara en consideración las observaciones realizadas acerca de esa formulación por las delegaciones durante el quinto período de sesiones de la Asamblea General y cualesquiera otras observaciones que pudieran hacer los gobiernos con posterioridad¹⁰⁶⁸. Tales trabajos de codificación quedaron luego paralizados, aunque llegó a elaborarse en 1950 un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y que presentado a la Asamblea General¹⁰⁶⁹.

Los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg a continuación transcritos han sido tomados del

1065 Los Principios de Núremberg y sus comentarios pueden leerse en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, págs. 374-378, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

1066 Cfr. Informe de la Comisión sobre la labor de su segundo período de sesiones (Documento A/1316), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E

1067 [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/488\(V\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/488(V))

1068 Cfr. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2008. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf

1069 Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983.

Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, publicado en 1983¹⁰⁷⁰:

Principio I. Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo.

Principio II. El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio III. El hecho de que una persona que ha cometido un acto que constituye un crimen bajo las leyes internacionales sea Jefe del Estado o un oficial responsable del Gobierno no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Principio IV. El hecho de que una persona actúe bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de la responsabilidad bajo las leyes internacionales, siempre que se demuestre que tenía posibilidad de actuar de otra forma.

Principio V. Cualquier persona acusada de un crimen bajo las leyes internacionales tiene el derecho de un juicio justo ante la ley.

Principio VI. Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales: (a) Guerra de agresión: (i) La planificación, preparación, iniciación o comienzo de una guerra de agresión, o una guerra que viole los tratados internacionales, acuerdos o promesas; (ii) La participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados en (i). (b) Crímenes de Guerra: Las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra que incluyen, pero no están limitadas a, asesinato, trato inhumano o deportación como esclavos o para cualquier

1070 Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad - Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368,13 abril de 1983.

otro propósito de la población civil de un territorio ocupado, asesinato o trato inhumano a prisioneros de guerra, a personas sobre el mar, asesinato de rehenes, pillaje de la propiedad pública o privada, destrucción injustificada de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por la necesidad militar. (c) Crímenes contra la humanidad: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.

Principio VII. La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad tal y como fueron expuestos en los Principios VI, es un crimen bajo las leyes internacionales.

Aunque como puede observarse, en tales Principios de Núremberg no se empleó expresamente el término “imprescriptibilidad”, sí se señaló, en el Principio II, que el hecho de que la ley interna no imponga una pena por un acto que constituya un crimen internacional, no exime a la persona que cometió el hecho de responsabilidad conforme al derecho internacional (*“The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law”*)¹⁰⁷¹.

En los comentarios a los Principios de Núremberg que aparecen en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)* de 1950¹⁰⁷² se dice que este principio es un corolario del Principio I. Una vez que se ha admitido que los individuos son responsables criminalmente conforme al Derecho internacional, es obvio que no pueden ser eximidos de su responsabilidad internacional por el hecho de que sus acciones no sean reconocidas como delito conforme al Derecho de algún país en particular. (100. *This principle is a corollary to Principle I. Once it is admitted that individuals are responsible for crimes under international law, it is*

1071 *Report of the International Law Commission covering its Second Session, 5 June - 29 July 1950, Document A/1316.* <http://legal.un.org/ilc/sessions/2/docs.shtml>

1072 Los comentarios aparecen en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, págs. 374-378. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

obvious that they are not relieved from their international responsibility by the fact that their acts are not held to be crimes under the law of any particular country)¹⁰⁷³.

El Estatuto de Núremberg se refería de forma expresa a esta relación entre la responsabilidad internacional y la nacional sólo respecto de los crímenes contra la humanidad. El subpárrafo c del artículo 6 del Estatuto definía los crímenes contra la humanidad como ciertos actos “tanto si son o no cometidos violando el Derecho interno del país donde fueron perpetrados”. La Comisión había formulado el Principio II en términos generales. (101. *The Charter of the Nürnberg Tribunal referred, in express terms, to this relation between international and national responsibility only with respect to crimes against humanity. Sub-paragraph (c) of article 6 of the Charter defined as crimes against humanity certain acts " whether or not [committed] in violation of the domestic law of the country where perpetrated ". The Commission has formulated Principle II in general terms*)¹⁰⁷⁴.

El principio de que una persona que ha cometido un crimen internacional es responsable y está sujeta a castigo conforme al Derecho internacional independientemente de las previsiones del Derecho interno implica lo que habitualmente se llama “supremacía” del Derecho internacional sobre el Derecho interno. El Tribunal consideró que individuos concretos pueden estar sujetos al Derecho internacional incluso si el Derecho interno no les obliga a observar las reglas de Derecho internacional, como se muestra en la siguiente afirmación del juicio: “... la verdadera esencia del Estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado particular”¹⁰⁷⁵. (102. *The principle that a person who has committed an international crime is responsible therefor and liable to punishment under international law, independently of the provisions of internal law, implies what is commonly called the " supremacy " of international law over national law. The Tribunal considered that*

1073 Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, pág. 374.
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

1074 Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, pág. 375.
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

1075 Así se dijo en *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I, Nürnberg 1947, pág. 223.

international law can bind individuals even if national law does not direct them to observe the rules of international law, as shown by the following statement of the judgment: "... the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State")¹⁰⁷⁶.

Es en esta primacía del Derecho internacional sobre el interno en lo que se basa la imprescriptibilidad de determinados delitos, y de ahí que consideremos que aplicar retroactivamente, en el seno de un ordenamiento jurídico concreto, las normas que aumenten los plazos de prescripción, incluso declarando imprescriptibles algunos delitos, no puede hacerse sin una previa ruptura con la legitimidad del régimen de poder anterior que sustentaba la posibilidad de que los delitos prescribiesen.

9.3. Aplicación de los Principios de Núremberg en procesos judiciales posteriores

Los Principios de Núremberg no sólo han servido para los conocidos juicios del mismo nombre. Como ha reseñado la Audiencia Nacional española, tales Principios, además de haber sido aplicado directamente por los tribunales aliados después de la II Guerra Mundial, también lo ha sido, más recientemente, en el ámbito internacional, por:

- en 1961, por el Tribunal del distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel en el Caso Eichmann.
- en 1971, por los tribunales de Bangladesh en el caso de la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán «por actos de genocidio y crímenes contra la Humanidad».
- en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto Menten.
- en 1983, por el Tribunal de Casación de Francia en el caso Barbie, que fundamenta la aplicación del citado art. 6.c) en los siguientes criterios:

1076 Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, pág. 375.
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

- a) esta inculpación pertenece a «un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera».
 - b) la adhesión de Francia (en el presente caso España) a este orden represivo,
 - c) la consagración, por la resolución de 13.II.1946 de la Asamblea General de la ONU, de la definición de crímenes contra la Humanidad que figura en el estatuto del Tribunal de Núremberg,
 - d) la recomendación de las Naciones Unidas a los Estados, en esta resolución, de perseguir o extraditar a los autores de tales crímenes,
 - e) la conformidad de tales textos con los arts. 15.2. del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos (y al art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), que afirman que el principio de irretroactividad de las Leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como «criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones».
- en 1989, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta¹⁰⁷⁷.

Cabe mencionar que España, por su parte, reconoció los Principios de Núremberg el 4 de agosto de 1952, al ratificar el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que, en su artículo 85, remite expresamente a los “Principios de Nuremberga” (BOE 5 de agosto de 1952)¹⁰⁷⁸. Como se cita en el auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 5, de BALTASAR GARZÓN, *“Es cierto que, en ese mandato, España hizo una reserva de Derecho Internacional consuetudinario en cuanto al párrafo primero del artículo 99 del Convenio relativo al trato de prisioneros de guerra, de 12 de Agosto de 1949, (...)”*.

1077 Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

1078 Con este nombre fue como se publicaron en el Boletín Oficial del Estado.

afirmando que por “Derecho Internacional vigente sólo se entenderá el precedente de fuente convencional o bien el elaborado previamente por Organismos en los que España tomara parte”. España no formaba parte de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946, cuando ésta aprobó los “Principios de Nuremberg” y, cuya fuente no es convencional –como no lo son otras fuentes del Derecho Internacional consuetudinario. En cualquier caso, España retiró esta reserva en 1979 (BOE de 31 de Julio de 1979)”¹⁰⁷⁹.

9.4. Traslación de los Principios de Núremberg a otras normas

Cabe ya apuntar que la noción de imprescriptibilidad que surge de Núremberg no hace referencia únicamente a la imposibilidad de extinción de la responsabilidad criminal por el transcurso del tiempo, sino a una serie de principios tendentes a evitar la posibilidad de la impunidad de los crímenes mediante la aplicación de normas estatales internas, que quien se atribuye capacidad para enjuiciar los crímenes considera injustas.

Así, del contenido los artículos del Estatuto de Núremberg, debe destacarse:

- El no reconocimiento de inmunidad para los Jefes de Estado o funcionarios, pues Conforme al art. 7, “El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena”. El principio de improcedencia del cargo oficial fue luego estipulado en el artículo 7.2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 6.2) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Con arreglo al artículo 27 del Estatuto de la Corte, la regla se aplica a todos los delitos sobre los que la Corte tiene competencia. Este artículo es más completo que el Principio III, puesto que se refiere al “cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno”¹⁰⁸⁰.

1079 El auto completo se publicó en el libro *titulado Garzón contra el franquismo, los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura*, Diario Público, 2010. También puede leerse en internet en: <http://www.latinreporters.com/espagneGarzonFrancoLorca16102008M.pdf>

1080 CASSESE, ANTONIO: *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por*

- La inadmisión de la obediencia debida como eximente (aunque podía ser estimada como atenuante), pues conforme al art. 8, “El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”. El Principio IV de los Principios de Núremberg establecería luego que “El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral. Sin embargo, puede esta circunstancia ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere”¹⁰⁸¹.

Por su parte el artículo 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad dispone que: «El hecho de que el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [entre ellos el crimen de agresión haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de responsabilidad criminal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si así lo exige la equidad».

En el mismo sentido se expresan, respecto de los crímenes de la competencia del Tribunal, el artículo 7.4 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 6.4 del Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

el Estatuto del Tribunal de Núremberg, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf

1081 Por su parte el artículo 5 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad dispone que “El hecho de que el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [entre ellos el crimen de agresión haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de responsabilidad criminal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si así lo exige la equidad”.

En el mismo sentido se expresan, respecto de los crímenes de la competencia del Tribunal, el artículo 7.4 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 6.4 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

A su vez, el artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece: “Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por Ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita; y
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita”¹⁰⁸².

- La exigibilidad de responsabilidad individual por los crímenes cometidos. Este Principio constituye la piedra angular del Derecho penal internacional, según reconoce la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005 de 19 abril, en la que se recuerda asimismo que *“Este principio general de responsabilidad directa, supone, como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), la Autonomía del Derecho internacional en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad, así como la supremacía del Derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos. La esencia del Estatuto de Núremberg y de los principios que allí germinaron era que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada Estado. Esto se ha de considerar de aplicación únicamente en relación con los cuatro grandes crímenes antes citados, sobre los que hay consenso en la Comunidad Internacional”*¹⁰⁸³.

Como refiere CASSESE, este principio de responsabilidad penal individual en el plano internacional supuso el fin de la doctrina según la cual sólo los Estados tenían derechos y deberes, esto es, personalidad jurídica con arreglo

1082 Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR2005, 132318).

1083 Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR2005, 132318).

al derecho internacional. Actualmente es actualmente un principio consagrado en el derecho penal internacional, que fue incluido en los estatutos de los tribunales penales internacionales (artículo 7.1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda; y artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰⁸⁴.

1084 CASSESE, ANTONIO: *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf

10. EL CONVENIO PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948 Y SUS ANTECEDENTES

10.1. Antecedentes

El término “genocidio” fue utilizado, por primera vez, por el jurista polaco RAFAEL LEMKIN, en su conocida obra *Axis Rule in Occupied Europe* (1944), donde lo definió como la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos.

El hecho de que inicialmente se excluyera a los grupos políticos del ámbito subjetivo del crimen de genocidio, se debe a las tesis socialistas. En la Sentencia núm. 16/2005 de 19 abril de la Audiencia Nacional española, puede leerse lo siguiente: *“Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, el concepto de Genocidio resultante recogido por el Convenio de 1948 obedece en gran medida a que triunfaron finalmente las insistentes tesis de la URSS de exclusión de la protección los grupos políticos y de exclusión de los motivos políticos, utilizando, entre otros, argumentos como los de que los grupos políticos no representan características estables y permanentes, ni son homogéneos dado que se basan en la voluntad, las ideas y los conceptos de sus miembros (elementos, por tanto, heterogéneos y cambiantes) y no en factores objetivos; además, de que extender las prohibiciones de la Convención a los grupos políticos habría podido tener una peligrosa consecuencia de que las Naciones Unidas y terceros Estados habrían acabado por sentirse legitimados para intervenir en la lucha política que se desarrolla en el interior otros Estados, comprometiéndose, entre otras cosas, el derecho de cada Estado a luchar contra elementos subversivos que intentan debilitar o derribar el gobierno. No se tuvieron en cuenta las otras tesis que se alzaron en contra, entre las que destaca la que ponía de manifiesto que los conflictos políticos e ideológicos que dividían al mundo y también a grupos dentro de muchos Estados, eran susceptibles de llevar al exterminio de grupos enteros, motivados por razones eminentemente políticas por ideológicas. Como ha sido puesto de manifiesto, la insistencia en su posición de la Unión Soviética, el apoyo recibido de parte de algunos países del Tercer Mundo, y del resto de los demás países socialistas, y el escaso entusiasmo con que los occidentales (sobre todo los Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña) se opusieron a las tesis socialistas, determinaron la victoria de estas últimas”*¹⁰⁸⁵.

1085 Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril

LEMKIN atribuía al delito de genocidio la condición de crimen internacional multilateral, a la vez que requería a los Estados la incorporación en sus legislaciones internas de normas que protegieran a los grupos nacionales, religiosos o a las minorías raciales frente a estas prácticas¹⁰⁸⁶.

Pues bien, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 96 (I) de 11 de diciembre de 1946¹⁰⁸⁷ declaraba que el genocidio “es una negación del derecho de existencia de pueblos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir: tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por esos grupos humanos, y es contraria a la ley general y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas”. En consecuencia, “*Afirma* que el genocidio es un crimen de derecho internacional y que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y los cómplices deberán ser castigados, ya sean éstos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas, y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza”.

10.2. El Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948

Finalmente, el 9 de diciembre de 1948 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁰⁸⁸. En este Convenio de 1948, se confirmaba la idea ya expresada en la antes mencionada Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, considerando que “el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas

(JUR 2005, 132318).

1086 Cfr. OLLÉ SESÉ, MANUEL: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, pág. 435.

1087 [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/96\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/96(I))

1088 Adoptado y abierto a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, y con entrada en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. *Serie Tratados de Naciones Unidas* N° 1021, Vol. 78, pág. 277.

Cfr. Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>

y que el mundo civilizado condena”, reconociendo la Asamblea General que “en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad”, y “Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional”.

El artículo II del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, lo define de la siguiente manera:

“se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

En estos mismos términos se definirá el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998.

El artículo III de Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 castiga también las diversas formas de participación, al establecer que “Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio”.

El Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 dejó además claramente fijado el principio de responsabilidad individual, que es la base del moderno Derecho penal internacional, al establecer en su artículo IV que “Las personas que hayan cometido genocidio o cual quiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.

10.3. Adhesión de España al Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948

España, por su parte, depositó en la Secretaría General de las Naciones Unidas de Nueva York el Instrumento de Adhesión al Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 veinte años después de su aprobación, el día 13 de septiembre de 1968¹⁰⁸⁹, incluyendo, sin embargo, una Reserva a la totalidad del artículo IX (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia)¹⁰⁹⁰, que no fue retirada hasta 2009¹⁰⁹¹. España, sin embargo, no llegó a suscribir la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad de 1968, no siendo hasta 1995 cuando se recogió la imprescriptibilidad de los delitos del delito de genocidio en el nuevo Código Penal.

Como consecuencia de la adhesión al Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, tal delito se tipificó en España en 1971. La implantación se llevó a cabo mediante la reforma del Código Penal operada por la Ley 44/1971 de 15 de noviembre¹⁰⁹², que introdujo un art. 137 bis en el Capítulo III, *Delitos contra el Derecho de Gentes*, del Título I, *Delitos contra la seguridad exterior del Estado* del Libro II, que fue modificado en dos ocasiones, en 1983 y en 1995 mediante

1089 El Convenio fue publicado en el BOE nº 34, de 8 de febrero de 1969 y 18 de septiembre de 1985.

1090 Artículo IX: “Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”.

Cfr. Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

1091 Siendo depositado el Instrumento de aprobación de la retirada a dicha reserva con fecha 24 de septiembre de 2009, a partir de la cual surte efectos. (BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2009).

1092 Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal. «BOE» núm. 274, de 16 de noviembre de 1971, páginas 18415 a 18419. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1971-1454

Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo¹⁰⁹³, aunque no sería hasta el nuevo Código Penal de 1995 cuando se introdujo expresamente en nuestro ordenamiento la imprescriptibilidad de este delito, lo que haría el art. 131.4, en sede de prescripción, estableciendo que “El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso”, en sintonía con lo dispuesto en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, de 9 de diciembre de 1968.

No obstante, según la doctrina de la Audiencia Nacional, el legislador español, al introducir estos preceptos penales no se estaba limitando *“a permitir en el ordenamiento español, pero sólo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes, a modo de dar formal cumplimiento a la exigencia derivada del Principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la obligación de cooperar con dicho Tribunal, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que ya desde hace décadas castigaba ese tipo de conductas. Ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos. Desde luego no sería admisible de ninguna manera un tratamiento diferente al que se reconoce al delito de genocidio, por mucho que el origen de éste esté en un Tratado”*¹⁰⁹⁴.

El texto reproducido se encuentra en la Sentencia Audiencia Nacional núm. 16/2005 de 19 de abril, y de esta doctrina se deriva tanto la posibilidad de prescindir del principio de territorialidad por tratarse de crímenes internacionales y por tanto que se puede aplicar el principio de justicia universal y por otro, que cuando el Derecho interno español recoge expresamente en sus textos legales estos delitos, no significa que con anterioridad estos delitos no fuesen perseguibles por España en la medida en que formaban ya parte del ordenamiento internacional del que también España participa.

1093 La primera vez por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que entre otras modificaciones suprimió, por imperativo de la Constitución de 1978, el castigo de pena de muerte y una vez más por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipificaba la apología de los delitos de genocidio. El precepto estudiado se convertiría después en el art. 607 del nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995, ubicándose en el Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional), Capítulo II (Delitos de Genocidio).

1094 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

11. LA CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD DE 1968

El 26 de noviembre de 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad¹⁰⁹⁵ que no obstante, no llegó a ser suscrita por España.

En su Preámbulo, se recuerda que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad “figuran entre los delitos de derecho internacional más graves” y que su represión efectiva es “un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. Se afirma también que la aplicación a estos delitos de las reglas internas de prescripción de los delitos ordinarios “suscita grave preocupación en la opinión pública mundial”.

El art. I de la Convención establece que “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si

1095 Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de noviembre de 1968.
[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391\(XXIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391(XXIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

Como puede comprobarse, entre estos crímenes objeto de la Convención de 1968 se encuentra ya el de genocidio, que no había sido definido hasta el Convenio de 1948.

El art. II de la Convención de 1968 insiste en la responsabilidad individual al margen de la responsabilidad de los Estados, estableciendo a la vez las diversas formas de participación en los crímenes, al establecer que “Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”.

En virtud de lo dispuesto en el art. III, “Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención”.

La imprescriptibilidad propiamente dicha se establecía en el art. IV: “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

El Convenio, por tanto, no establecía una aplicabilidad directa de esta previsión, sino que en virtud del mismo, los Estados firmantes se obligaban, como mucho, a abolir las normas que determinen la posibilidad de prescripción de estos crímenes, en el caso de que existan.

En Argentina, la previsión contenida en el citado art. IV se ha puesto en relación con la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas que determinan la

imprescriptibilidad de un crimen y que hubieran sido aprobadas con posterioridad a su comisión. La Sentencia de la Suprema Corte de la Nación conocida como “Arancibia Clavel”, a propósito de crímenes cometidos bajo las tres juntas militares, llega a afirmar que “las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad»”. Y ello aunque dicha Convención fuese aprobada por el estado con posterioridad a la comisión del hecho, entendiendo que no se fuerza con ellos la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos¹⁰⁹⁶. Sin embargo, lo anterior no explica la razón de la discordancia entre el Derecho interno y el Derecho internacional al tiempo de cometerse los hechos ni explicita cuál sea la razón última de que se aplique el internacional de forma preferente.

Por otro lado, de la Disidencia (a modo de voto particular) del Señor Ministro Doctor Don ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, con cita de jurisprudencia anterior se desprende que el resultado de la imprescriptibilidad es una posibilidad dentro del régimen legal de prescripción (a la que se refiere como “prescripción de la acción penal” en consonancia con el Código Penal argentino, que la considera una institución procesal)¹⁰⁹⁷ pero señalando en cualquier caso que “prescripción” e “imprescriptibilidad” se integran en el concepto de “ley penal”, de modo que se ven afectadas por la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas que modifiquen su régimen legal en perjuicio del reo¹⁰⁹⁸. Sin cuestionar la decisión de la Corte,

1096 Cfr. CSJN - 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-”. <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>

1097 Así se desprende de los arts. 60 a 64 del Código Penal argentino. Cfr. <http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/CODIGO%20PENAL%20DE%20LA%20NACION%20ARGENTINA.pdf>

1098 Se afirma en la citada Disidencia: “*Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso “Mirás” (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”*”. Cfr. CSJN - 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita

podemos afirmar que de tal concepción unitaria de la regulación de la prescripción y la imprescriptibilidad -que estimamos más correcta en atención a la regulación unitaria de ambos conceptos en nuestro Código-, se desprende que, por más que los crímenes que se pretendan castigar resulten especialmente odiosos, si no quiere provocarse una ruptura jurídico-política con el régimen anterior, ha respetarse el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, corolario del principio de legalidad.

y otros -causa n° 259-". <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>

12. EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 1998

12.1. Génesis y líneas fundamentales del Estatuto de Roma

Tras el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, existieron algunos hitos, como la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973, que establece los “Principios cooperación internacional en la identificación, detección, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad”¹⁰⁹⁹ y ahonda en la posibilidad de reclamar el castigo de los crímenes en virtud de la responsabilidad personal de sus autores. A partir de esta Resolución -como se afirma en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2005, de 19 de abril- se considera que el principio proveniente de Núremberg relativo a la posibilidad de exigir responsabilidad penal individual por la comisión de estos crímenes, al margen de la responsabilidad de otra naturaleza que se pueda atribuir a un Estado, se encuentra ya indiscutiblemente aceptado en el ámbito del Derecho internacional¹¹⁰⁰.

Sin embargo, los intentos de codificación internacional, iniciados tras la confirmación de los Principios de Núremberg, no culminarían hasta 30 años después de Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, con el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, por el que se crea el Tribunal Penal Internacional¹¹⁰¹.

1099

[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTIO](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=S&Area=RESOLUTIO)

1100 Afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318): “*La opinión según la cual los principios de Núremberg entrarían en el ámbito del Derecho internacional consuetudinario estimamos que ha pasado a considerarse indiscutible tras la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Se puede añadir aquí que, en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales «ad hoc» actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que «desde el Estatuto de Núremberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del ICTY)»*”.

1101 El Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, fue publicado en BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2002, y está vigente desde el 1 de julio de 2002.

El conocido como “Estatuto de Roma” engloba a un órgano de carácter jurisdiccional, como es el Tribunal Penal Internacional, y a otro órgano de carácter político, la Asamblea de Estados Partes, cuya composición, funciones y forma de adoptar los acuerdos de la Asamblea de Estados Partes se recoge la Parte XI (art. 112)¹¹⁰².

Respecto del Tribunal o Corte Penal Internacional, la primera observación que cabe hacer es que, a diferencia de tribunales como el de Núremberg, o los Tribunales para Yugoslavia o para Ruanda, que eran tribunales ad hoc, la Corte Penal Internacional es una institución permanente, con sede en La Haya, Países Bajos, “el Estado anfitrión” conforme al art. 3. En lo referente a su competencia, la primera observación a realizar es que, como se resalta en el Preámbulo del Estatuto y se establece en el art. 1, su jurisdicción es complementaria (y por lo tanto no excluyente) de la de las jurisdicciones penales nacionales. Sin embargo, ello no significa que quepa incurrir en el *non bis idem*¹¹⁰³.

http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

1102 Conforme al citado artículo, corresponde a la Asamblea de Estados Partes:

- a) Examinar y aprobar, según proceda, las recomendaciones de la Comisión Preparatoria;
- b) Ejercer su supervisión respecto de la Presidencia, el Fiscal y la Secretaría en las cuestiones relativas a la administración de la Corte;
- c) Examinar los informes y las actividades de la Mesa establecida en el párrafo 3 y adoptará las medidas que procedan a ese respecto;
- d) Examinar y decidir el presupuesto de la Corte;
- e) Decidir si corresponde, de conformidad con el artículo 36, modificar el número de magistrados;
- f) Examinar cuestiones relativas a la falta de cooperación de conformidad con los párrafos 5 y 7 del artículo 87;
- g) Desempeñar las demás funciones que procedan en virtud del Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba.

1103 El art. 17 del Estatuto de Roma, que lleva por rúbrica “cuestiones de admisibilidad” dispone que “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20 (...)”.

A tenor del mismo artículo 1, la Corte Penal Internacional “estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto”. Esos Crímenes se determinan en el art. 5: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. No se prevé la competencia de la Corte para conocer de los delitos de terrorismo, debido fundamentalmente, como se ha expuesto en el apartado correspondiente, a las dificultades para definir el terrorismo en el plano internacional¹¹⁰⁴.

El art. 6 del Estatuto de Roma define el genocidio en los mismos términos que lo hiciera el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

El art. 20 se refiere propiamente a la cosa juzgada, estableciendo que “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

1104 Mediante la elaboración del Proyecto de Convención General sobre el terrorismo internacional, la comunidad internacional viene buscando un consenso en materia de terrorismo desde 1996, pero se encuentra encallado por la imposibilidad de concretar qué actos han de calificarse como tales. Según tal Proyecto, cometería delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o daños a los bienes, lugares, instalaciones, o redes mencionados a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acto es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo. Citado por GONZÁLEZ AMADO, IVÁN: «El terrorismo: un delicado límite», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 27, N°. 81, 2006 (Ejemplar dedicado a: *Memorias. XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Supranacional*), págs. 93-118.

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

En el art. 7 se tipifican los crímenes de lesa humanidad como una serie de comportamientos (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, tortura, distintas formas de violencia sexual, etc.), “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

El art. 8 se refiere a los crímenes de guerra. Al respecto se discutió en la Conferencia de Roma si la Corte Penal Internacional debía ejercer su competencia sólo cuando se realizaran en el marco de conflictos internacionales o si también se debían incluir los conflictos internos. La solución que se adoptó fue la de extender la protección del Estatuto a los crímenes cometidos en conflictos armados internos que no constituyeran simples disturbios, motines o actos aislados¹¹⁰⁵, lo que cierra también las puertas al enjuiciamiento de los actos de terrorismo, incluso aunque se pretendiera su encaje como “crimen de guerra” al amparo de tal artículo del Estatuto.

La definición del crimen de agresión no se ha alcanzado hasta el 11 de junio de 2010, en la decimotercera sesión plenaria de la Conferencia de Kampala¹¹⁰⁶, mediante una resolución por la que se enmienda el Estatuto de Roma para incorporar un art. 8 bis con una definición de tal crimen consistentes en las conductas ya especificadas por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, y estableciéndose que “una persona comete un «crimen de agresión»

1105 El párrafo 2 e) del art. 8 del Estatuto de Roma dispone que son crímenes de guerra “Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional”, estableciendo seguidamente el apartado f) que “El párrafo 2.e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.

1106 Cfr. PIERNAS LÓPEZ, JUAN JORGE: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», Anuario Español de Derecho Internacional / Vol. 26 / 2010 / 285-302. ISSN 0212-0747.

cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”¹¹⁰⁷.

Según el art. 9, los Elementos de los Crímenes¹¹⁰⁸, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. Junto con las reglas de procedimiento y prueba¹¹⁰⁹, constituyen los dos instrumentos auxiliares del Estatuto de Roma.

El art. 25 del Estatuto recoge el principio de responsabilidad individual por los crímenes, con independencia de la responsabilidad de los Estados. El art. 26 excluye la responsabilidad criminal de los menores de 18 años en el momento de la presunta

1107 Se establecen además en los arts. 15 bis y 15 ter las condiciones bajo las cuáles la Corte podría ejercer jurisdicción respecto del crimen de agresión. El art. 15 ter señala en sus apartados 2 y 3, respectivamente, que “La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes” y que “La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

1108 En inglés: <https://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>

En español: <https://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>

El texto de estos Elementos de los Crímenes puede verse en *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.03.V.2 y corrección), segunda parte. B. Los Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 pueden verse en *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010* (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11)

1109 En virtud del artículo 51 del Estatuto de Roma, la Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional adoptó con fecha 9 de septiembre de 2002 las Reglas de procedimiento y prueba que constituyen, junto con el Estatuto y con sometimiento al mismo, las reglas básicas que deben ser aplicadas por la Corte Penal Internacional para el correcto ejercicio de sus funciones. Cfr. *Reglas de Procedimiento y Prueba (Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence)* (PCNICC/2000/INF/3/add.1,12.7.2000) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/724/06/PDF/N0072406.pdf?OpenElement>

Cfr. Resolución de 19 de septiembre de 2011, de la Secretaría General Técnica, por la que se publican las Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional. «BOE» de 26 de septiembre de 2011. <https://www.boe.es/boe/dias/2011/09/26/pdfs/BOE-A-2011-15117.pdf>

comisión del crimen¹¹¹⁰, y el art. 27 afirma la existencia de responsabilidad con independencia del cargo ocupado¹¹¹¹. El art. 28 establece la responsabilidad de los jefes y superiores bajo cuya responsabilidad se hayan cometido los crímenes cuando hubieren tenido conocimiento de que se estaban cometiendo o se iban a cometer o no hubiesen adoptado las medidas oportunas, señalando responsabilidad incluso cuando no hubiesen adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento¹¹¹².

Por lo que aquí interesa, cabe mencionar que se establece asimismo en el art. 31 que “Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

1110 Dispone el citado artículo que “La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”.

1111 Dispone el citado artículo que “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

1112 “Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.

Ésta última previsión viene a impedir la llamada eximente de obediencia debida, que, como la prescripción del delito, suele alegarse en orden a procurar la impunidad de los crímenes internacionales.

12.2. Imprescriptibilidad e irretroactividad en el Estatuto de Roma

A tenor de lo dispuesto en el art. 29 del Estatuto de Roma, “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”, en sintonía a su vez con los acuerdos internacionales que le precedieron y a los que ya nos hemos referido.

La imprescriptibilidad de estos delitos -entre los que no se encuentran los de terrorismo-, cuenta ya, por tanto, con apoyo en una norma escrita, por lo que al menos los Estados parte, para no vulnerar el principio de legalidad, no necesitan ya acudir a una *opinio iuris* internacional anterior a los Tratados internacionales sobre la materia y de origen incierto, cuya referencia más segura es Núremberg. De este modo, la Corte Penal Internacional no puede tacharse de ser un tribunal para que los vencedores hagan justicia frente a los vencidos, como se reprochara al Tribunal de Núremberg, pues su competencia no se extiende a juzgar crímenes cometidos con anterioridad a su establecimiento, dado que como se señala en su art. 11.1, “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

El art. 24.1 del Estatuto establece además la irretroactividad *ratione personae*, de modo que “1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”, estableciendo asimismo el art. 24.2 la retroactividad de las disposiciones favorables, al señalar que “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena”.

El Estatuto prevé dos enmiendas: la del art. 124 y la del art. 5.2.

El art. 124 establece en una “Disposición de transición”, una moratoria para la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de guerra, sin duda con la finalidad de lograr adhesiones aun a costa de la posible impunidad de algunos crímenes, y según la cual, “No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12 (relativos a la competencia de la Corte), un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 (crímenes de guerra) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123”.

El art. 5.2 del Estatuto, por su parte, prevé respecto del crimen de agresión -que no había sido definido por falta de consenso en el momento de aprobación del Estatuto-, que “La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas”.

12.3. La Conferencia de Kampala y el camino frustrado hacia la imprescriptibilidad del terrorismo como crimen internacional

Pues bien, la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se celebró en Kampala (Uganda), del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, en cumplimiento de lo previsto en el art. 123 del Estatuto. En dicha Conferencia la Asamblea de Estados Parte revisó las dos enmiendas previstas por el Estatuto, esto es, las propuestas sobre el crimen de agresión y los Elementos de los crímenes, y las relativas a la reconsideración del artículo 124 del Estatuto de Roma.

El art. 124 se ha mantenido invariado, y con él la posibilidad de los Estados Parte de evadir la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de guerra

presuntamente cometidos por sus nacionales o en su territorio durante un período de siete años¹¹¹³.

Cabe añadir que también se ha alcanzado acuerdo respecto de la definición del crimen de agresión, al haberse aprobado una resolución por consenso en la madrugada del ya 12 de junio de 2010¹¹¹⁴, en la decimotercera sesión plenaria, por la que se enmienda el Estatuto de Roma para incorporar un art. 8 bis con una definición de tal crimen consistentes en las conductas ya especificadas por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, y estableciéndose que “una persona comete un «crimen de agresión» cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus

1113 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, miembro de la Delegación española a la Conferencia de Revisión, afirma que Japón abogó por su continuidad por considerar que su supresión es ilegal y desvirtuaría el Estatuto (sic) y amenaza veladamente con pedir que la enmienda se someta a votación. Esto último hace saltar las alarmas ante el temor de que otros Estados Partes puedan hacer lo propio respecto de las otras enmiendas, por lo que se opta por el consenso. La Conferencia aprueba una resolución por la que decide conservar el artículo 124 en su redacción actual permitiendo a los nuevos Estados Partes, que opten por no aceptar la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de guerra que puedan cometer sus nacionales o en su territorio durante un período no renovable de siete años. Si bien acuerda revisar dicho artículo nuevamente durante el 14º periodo de sesiones de la AEP en 2015. Documento de Opinión N° 10/2010 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (Dirección General de Relaciones Institucionales, Ministerio de Defensa), «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 Mayo - 11 Junio 2010 (Septiembre 2010)», suscrito por J. Antonio Fernández-Tresguerres. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2010/DIEEO10-2010KAMPALA.pdf

No obstante, la resolución relativa a este artículo, aprobada por consenso, el 10 de junio de 2010, en la undécima sesión plenaria, acordó que las disposiciones del mismo fueran de nuevo revisadas durante el 14º período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en el año 2015. PIERNAS LÓPEZ, JUAN JORGE: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», Anuario Español de Derecho Internacional / Vol. 26 / 2010 / 285-302. ISSN 0212-0747.

1114 Según Documento de Opinión N° 10/2010 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (Dirección General de Relaciones Institucionales, Ministerio de Defensa), «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 Mayo - 11 Junio 2010 (Septiembre 2010)», suscrito por J. Antonio Fernández-Tresguerres, miembro de la Delegación española a la Conferencia de Revisión, tras intensas negociaciones entre los miembros del Grupo de Trabajo Especial, los grupos de Estados Parte y los Estados no Partes miembros permanentes del CS, siendo las 02,00 horas del 12 de junio, la Conferencia aprueba por consenso la resolución que enmienda el Estatuto de Roma e incorpora la definición del crimen de agresión y los casos y condiciones bajo las cuales la CPI puede ejercer la jurisdicción sobre dicho crimen, de acuerdo con la propuesta re-elaborada por la presidencia de la Conferencia. La enmienda implica la inserción de los nuevos artículos 8bis con la definición del crimen de agresión; la del 15bis sobre el ejercicio de la competencia respecto de dicho crimen cuando se remita por un Estado; la del 15ter sobre el ejercicio de la competencia cuando lo sea por el CS; igualmente se introducen enmiendas a los elementos de los crímenes correspondientes al artículo 8bis, así como se incorporan a continuación los “entendimientos” sobre la correcta interpretación del sentido, alcance y vigencia de las enmiendas. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2010/DIEEO10-2010KAMPALA.pdf

características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”¹¹¹⁵.

Por otro lado, la Conferencia adoptó una Resolución, aprobada por consenso, el 10 de junio de 2010, en la duodécima sesión plenaria, por la que se enmienda el artículo 8 del Estatuto de Roma con objeto de incorporar a la jurisdicción de la Corte, como violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados (crímenes de guerra), el empleo de ciertas armas envenenadas y balas que se ensanchan, gases asfixiantes o tóxicos o cualquier líquido, material o dispositivo análogos, cuando sea cometido en un conflicto armado de índole no internacional. La aceptación de la propuesta belga tiene pues como resultado la incorporación de tres nuevos incisos, a saber, los incisos xiii, xiv y xv al apartado e) del párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto¹¹¹⁶.

Otras propuestas realizadas por Estados partes quedaron descartadas por la Asamblea de Estados Parte al no reunir el apoyo suficiente para ser consideradas en la Conferencia de Revisión. Entre éstas cabe destacar la propuesta de introducción del crimen de terrorismo en el artículo 5 del Estatuto, propuesta que tiene también precursores en España, como el Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco (COVITE)¹¹¹⁷

1115 Se establecen además en los arts. 15 bis y 15 ter las condiciones bajo las cuáles la Corte podría ejercer jurisdicción respecto de dicho crimen. El último de ellos señala en sus apartados 2 y 3, respectivamente, que “La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes” y que “La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

Además, de conformidad con el apartado 5 del artículo 121 del Estatuto, la enmienda aprobada, incluso si finalmente entrara en vigor después del 1 de enero de 2017, lo haría únicamente respecto de los Estados Partes que la hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. Por otro lado, según el mismo precepto, la Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda: “Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda”.

1116 PIERNAS LÓPEZ, JUAN JORGE: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», Anuario Español de Derecho Internacional / Vol. 26 / 2010 / 285-302. ISSN 0212-0747.

1117 Cfr. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, CARLOS - BOU FRANCH, VALENTÍN: *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, COVITE y Fundación Víctimas del Terrorismo, MINIM agencia edicions, 2009, pág. 116. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/55027/Inclusi%C3%B3n%20del%20terrorismo.pdf?sequence>

Asimismo, cabe señalar que pese a ser un Tribunal Internacional, la Corte Penal no tiene jurisdicción universal. Siete Estados votaron contra el Estatuto en una votación de la que no se levantó acta¹¹¹⁸. China, Estados Unidos e Israel expresaron sus razones para votar en contra: el representante de China manifestó que el poder que se le daba a la Cámara de juicio previo para bloquear la iniciativa del fiscal no era suficiente y que la adopción del Estatuto debiera haberse hecho por consenso y no por votación. La principal objeción de los Estados Unidos se refería al concepto de jurisdicción y su aplicación a los Estados no-Partes. Su representante manifestó también que el Estatuto debe reconocer el papel del Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión. Y el representante de Israel dijo que no comprendía por qué el acto de trasladar habitantes a un territorio ocupado se incluía en la lista de crímenes de guerra¹¹¹⁹. Asimismo, en noviembre de 2016, el Presidente de Rusia, Vladímir Putin, decretó la revocación de la firma del Tratado, que se había producido el 13 de septiembre de 2000¹¹²⁰. Poco antes, Sudáfrica, Burundi y Gambia habían anunciado que a pesar de haber firmado y ratificado el Estatuto de Roma iban a retirarse y quedar fuera de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, alegando que la misma es parcial y colonial por juzgar solo a personas africanas¹¹²¹.

Para los Estados que no han suscrito el Estatuto, la cuestión de la imprescriptibilidad continúa planteando el mismo problema derivado de la circunstancia de que estos delitos se cometen desde el poder o sus estructuras afines: de la falta de apoyo del juzgador en un texto legal reconocido por el propio poder que ahora es juzgado y las consiguientes acusaciones de falta de legitimidad y de vulneración del

=1

1118 El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002. http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

1119 Cfr. Página web del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. DPI/2016 - Octubre de 1998. <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>

1120 Cfr. Diario “El País” de 16 de noviembre de 2016: «Rusia retira su firma del tratado que rige la Corte Penal Internacional» Elena Vicéns). http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/16/actualidad/1479298396_913115.html

1121 Cfr. Diario “El País” de 26 de octubre de 2016: «África rompe con La Haya. Gambia, Sudáfrica y Burundi dejan la CPI mientras Kenia y otros cuatro países sopesan lo mismo» (Isabel Ferrer). http://internacional.elpais.com/internacional/2016/10/26/actualidad/1477477650_280212.html

principio de tipicidad. Por eso, quien pretenda enjuiciar estas conductas, deberá acudir nuevamente a una *opinio iuris* que bien puede ser internacional o bien interna, fundada en los criterios morales más básicos, pero que, como ocurrió en Núremberg, encontrará las críticas de quienes consideren que el juicio y la pena son ilegítimos.

12.4. España y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998¹¹²² fue aprobado por las Cortes Generales españolas mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. Tres años más tarde, el 25 de noviembre de 2003, se aprobó la Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal, para adaptar sus disposiciones a las exigencias contenidas en el Estatuto, de modo que, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, fueron añadidos a la lista de delitos imprescriptibles en nuestro Derecho los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra personas y bienes en caso de conflicto armado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 29 del mencionado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

1122 El Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, fue publicado en BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2002, y está vigente desde el 1 de julio de 2002. Se trata de un Tratado multilateral constitutivo de una institución internacional que engloba a un órgano de carácter jurisdiccional (el Tribunal Penal Internacional) y a otro de carácter político, la Asamblea de Estados Partes.

13. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

Desde el punto de vista de los fines de la pena, desde Núremberg, resulta claro que lo que se pretende con la imprescriptibilidad es esencialmente evitar la impunidad apelando a un principio superior de justicia que debe imponerse al Derecho positivo vigente y de aplicación en un determinado territorio. Evidentemente, bajo este argumento, quedan en un segundo plano el respeto estricto a principios tan arraigados en el moderno Derecho penal de corte liberal, como el *nullum crimen sine lege*. La pena se convierte así esencialmente en retribución, respecto de la que, no obstante, no se pierde la esperanza de que ejerza también una función de prevención general a nivel mundial.

Pero, en cualquier caso, la pena que la imprescriptibilidad hace posible queda al margen toda finalidad de prevención especial entendida como resocialización. En el propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional resuenan los ecos de las doctrinas de la lucha contra la impunidad¹¹²³ surgidas, como refiere SILVA SÁNCHEZ, como reacción frente a los métodos empleados en el marco de la llamada justicia de transición (*transitional justice*) o, en otra terminología, la de superación del pasado (*Vergangenheitsbewältigung*) a través de diversos instrumentos jurídico-políticos y sociales tan variados como el número de países que han afrontado estos procesos, pero fundamentalmente basados en las llamadas “comisiones de verdad” y procedimientos

1123 En el Preámbulo del Estatuto de Roma se afirma “que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”, por lo que los Estados Partes se encuentran “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

Y de ahí que, por ejemplo, no se estime como eximente de responsabilidad la circunstancia de obediencia debida. El artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece:

“Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por Ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita”.

penales¹¹²⁴. En el Preámbulo del Estatuto se afirma que “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*”. Y como se ha expuesto, el art. 29, como una concreción de esta idea, establece que “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”, en sintonía con los acuerdos internacionales previamente existentes.

Cabe mencionar que, aunque la tradición de la imprescriptibilidad como reacción contra la violencia ejercida por los poderes estatales para evitar su impunidad tiene su origen en el castigo a los crímenes nazis, ha sido en Hispanoamérica donde el concepto ha tenido un mayor desarrollo doctrinal. “Impunidad”, etimológicamente, no significa otra cosa que “ausencia de castigo”, pero conforme a la doctrina de las Naciones Unidas, puede definirse como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”¹¹²⁵. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha venido a señalar que el término alude a la “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos” por el Derecho internacional de los derechos humanos¹¹²⁶.

En realidad, el concepto doctrinal y jurisprudencial de “impunidad” elaborado en el ámbito internacional abarcaría tres posibles situaciones que ha sistematizado SILVA SÁNCHEZ:

1124 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

1125 Así se desprende del Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

1126 Así en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 111, con cita de otras. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_espág.pdf

- a) La ausencia de toda intervención jurídico-estatal sobre los hechos (impunidad fáctica)
- b) La limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa o legal por acción)
- c) La de no anulación de dichas leyes (impunidad normativa o legal por omisión)¹¹²⁷.

La posibilidad de prescripción del crimen por el transcurso de un periodo de tiempo más o menos largo (en comparación con la experiencia vital humana) sería únicamente una de las posibles formas en que podría concretarse la impunidad.

No obstante, conviene tener presente la imposibilidad de cualquier maquinaria penal de investigar y juzgar individualmente a la gran cantidad de individuos que suelen intervenir, en distintos grados, en este tipo de crímenes, de modo que, como ocurrió en Núremberg, lo normal es que únicamente se logre juzgar a los dirigentes. Quizás por ello, como observa SILVA SÁNCHEZ, quienes propugnan la imprescriptibilidad de un delito contra los derechos humanos, que conduce en la práctica al enjuiciamiento de ancianos por hechos cometidos por éstos treinta o cuarenta años antes, no parecen pretender tanto el castigo efectivo cuanto la necesidad de la reafirmación jurídica de la víctima como ser humano¹¹²⁸.

En efecto, no se trata tanto de venganza o de la asignación de búsqueda de finalidades utilitaristas de la pena, ya sean de tipo preventivo especial o general, sino de favorecer la reparación a las víctimas, pues como afirma HUHLE, la justicia es el remedio que mejor puede sanar las torsiones psíquicas que los miles y millones víctimas han sufrido, “la medicina que requieren los pisoteados y humillados por atropellos

1127 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

1128 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

contra su dignidad humana en todo el mundo. Aquí reside el sentido profundamente humano del clamor por la justicia y de la lucha contra la impunidad”¹¹²⁹.

En este sentido, la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 aprobó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”¹¹³⁰. En su art. 8 dispone que “se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”. Y el art. 9 prevé que “Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

A la prescripción se refieren los arts. 6 y 7, reiterando el primero de ellos la obligatoriedad de cumplimiento de las obligaciones internacionales sobre la materia, al afirmar que: “Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”.

1129 HUHLE, RAINER: «De Nüremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA ROÑE'ETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria*, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*. También en: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

1130 <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Por su parte, el art. 7 prevé que “Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas”. Lo que cabe interpretar como una recomendación en orden a que lo que no se restrinja excesivamente sean las facultades del Estado para proceder a la investigación, enjuiciamiento y castigo en orden a la restauración y satisfacción de las víctimas, respecto de las que el art. 22 dispone que la satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, entre otras, medidas tendentes a la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; etc.

Como ya se viene defendiendo en este trabajo, en relación con las víctimas del terrorismo, y en general de delitos graves, sería deseable una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitiese el enjuiciamiento de tales crímenes con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión, aunque pudiese renunciarse, por el principio de legalidad penal, a la imposición de pena al culpable si se hubiese alcanzado la prescripción, y ello con el fin de fijar un relato judicial de los hechos en orden al restablecimiento de la dignidad de las víctimas que, como puede comprobarse, es una previsión que ya existe en el ámbito internacional para los supuestos de violaciones del Derecho internacional humanitario.

14. CLASES DE IMPRESCRIPTIBILIDAD

El concepto doctrinal de lucha contra la impunidad antes estudiado, que fundamenta la imprescriptibilidad en el ámbito internacional, se justifica porque los delitos a que se refiere (de lesa humanidad) son cometidos por lo general por agentes estatales con ocasión de algún cambio de régimen político. En este ambiente propio de las dictaduras militares, donde no existe separación de poderes¹¹³¹, con una clase dominante que legisla y ejecuta sus normas empleando la fuerza contra quienes considera sus enemigos, es normal que el ordenamiento jurídico previamente existente, en la medida en que contradiga esos intereses, se sustituya por otro que ampare los crímenes que se cometan, facilitando que los autores de esas atrocidades puedan procurarse a sí mismos la impunidad mediante leyes de amnistía o mecanismos que conduzcan al mismo resultado, como la prescripción.

Sólo quien considere que tal régimen es ilegítimo podrá prescindir de lo dispuesto en esa legislación y juzgar a los responsables, pero para ello es necesario además el contar con la fuerza suficiente, y si el Estado está controlado por los propios criminales, tal fuerza habrá de venir necesariamente desde fuera, proveniente bien de un Tribunal Internacional o bien de otro Estado que aplique su propia legislación en virtud del principio de justicia universal. Y en cualquier caso, al amparo de la existencia de una *opinio iuris* anterior a la comisión de los hechos, también cabe defender la posibilidad de que en el ámbito interno de un país se adopten las medidas tendentes al enjuiciamiento de los criminales, en el supuesto de que tras la conquista o restablecimiento de las condiciones que determinen la legitimidad del sistema de poder, sus propias autoridades se encuentren en condiciones de juzgar a la anterior clase

1131 La separación de poderes como mecanismo para impide, por regla general, que estos crímenes se cometan es citada también por HUHLE: “Dado que las violaciones de derechos humanos, en el sentido estricto del concepto, son cometidos por los agentes del Estado mismo, la ineficacia del Estado nacional en la persecución de estos crímenes tiene carácter sistemático. Los mismos estados violadores serían los responsables del castigo. Abundan muchos ejemplos de que esto no funciona. En un estado con una clara separación de poderes, por otro lado, sí es posible - y tampoco faltan los ejemplos - que la justicia castigue por ejemplo agentes del Ejecutivo. Cuando se generalizan las violaciones de derechos humanos, sin embargo, normalmente el sistema judicial tampoco escapa a los mecanismos de presión que llevan a la impunidad”. HUHLE, RAINER: «De Nüremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA ROÑE'ETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria*, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*. También en: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

dirigente que propició una corrupción generalizada de la legalidad para amparar sus crímenes.

La situación descrita, que para evitar la impunidad en el interior de un Estado involucra por lo general a agentes exteriores, es completamente distinta de la que puede darse en una sociedad donde los derechos humanos más básicos sean respetados, exista un ordenamiento considerado legítimo por la inmensa mayoría de la población, y el Estado y sus agentes cumplan las leyes, lo que excluye, por supuesto, el recurso a métodos criminales. En este contexto interno, que habitualmente se conoce como Estado de Derecho, y donde por otro lado sería poco probable que se llegasen a cometer los crímenes previstos por el Derecho penal internacional, la imprescriptibilidad de un delito sólo es predicable si previamente a su comisión ésta venía señalada en la ley aplicable (principio de legalidad penal), que nunca podrá ser aplicada retroactivamente en perjuicio del reo.

Existen por tanto, además de la imprescriptibilidad tácita derivada del desconocimiento de la prescripción como institución, dos tipos de imprescriptibilidad en función de la legitimidad que el juzgador reconozca al ordenamiento jurídico que señale la extinción de la responsabilidad penal por prescripción. Una es la imprescriptibilidad que se impone sobre un ordenamiento que señala la extinción de la responsabilidad penal por prescripción y que el juzgador (ya sea internacional ya sea el interno del propio Estado donde se cometieron los crímenes si cambiaron las circunstancias políticas) considera ilegítimo, prescindiendo de él. La otra es la que se señala para delitos determinados en un ordenamiento jurídico estable y legítimo, que reconoce como regla general la posibilidad de prescripción de los delitos, sin que haya ningún cambio drástico de régimen político, declarando ilegítimo lo llevado a cabo con anterioridad.

14.1. La imprescriptibilidad como mero desconocimiento de la posibilidad de prescripción en un ordenamiento jurídico

Una primera clase de imprescriptibilidad a que podemos hacer referencia es la que tácitamente existe en los ordenamientos jurídicos en los que la posibilidad de prescripción de los delitos no está prevista, lo que en definitiva permite que los delitos

puedan ser perseguidos con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión. No se trata por tanto de que se niegue para determinados delitos la posibilidad de prescripción previamente establecida con carácter general, sino simplemente de que se desconoce tal institución.

Pese a que hoy en día, en los ordenamientos jurídicos de nuestro, entorno se acepte de forma generalizada la posibilidad prescripción de los delitos, ello no ha sido siempre así. Tal posibilidad de prescripción era desconocida en el Derecho Romano de la República¹¹³², así como en el primitivo Derecho germánico¹¹³³, y tampoco se aceptó en la *Constitutio Criminalis Carolina* (1530-1532), ni en la legislación de Baden-Durlach (1622), ni en el Código austríaco de 1887. Las leyes napolitanas del 20 de mayo de 1808 establecieron que los hechos delictivos capitales no prescribirían nunca¹¹³⁴.

El *Common Law* tampoco acoge especialmente la posibilidad de prescripción. Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, únicamente se cita en algunos preceptos particularizados en el *Statute Law*¹¹³⁵, teniendo esta tradición su origen en la regla *nullum tempus occurrit regis*, o, formulada en inglés, *no time runs against the King* (el tiempo no corre para el rey), lo que suponía que la acción podía iniciarse en cualquier

1132 Fue después, en los primeros tiempos del Imperio, cuando comenzaron ya a admitirse algunos supuestos excepcionales de prescripción de los delitos, como fue el caso de la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, del año 18 a. C., en virtud de la cual la acusación por adulterio, estupro o lenocinio sólo podía ejercitarse durante el plazo de cinco años. MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, pág. 12; PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: «Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, págs. 435-444.

1133 Aunque existieran antiguas costumbres nórdicas, como las islándicas citadas por RICHARD LOENING, tendentes a limitar el derecho a la venganza privada, debiendo ésta seguir al crimen cuanto antes para que fuera jurídicamente válida. Los Estados alemanes de la Edad Media continuaron desconociendo la prescripción de los delitos públicos, si bien la admitieron durante los siglos XVI y XVII, y Prusia, en 1620, admitió la prescripción con limitaciones. Cfr. LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 12; PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 44).

1134 LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, págs., 13, 69.

1135 Cfr. MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295 (272).

tiempo después de la comisión del delito, que no prescribía¹¹³⁶. Esta idea fue expresada hacia 1250 por el clérigo inglés BRACON en su *De legibus et consuetudinibus Angliae*, y posteriormente fue heredada por los Estados Unidos donde es habitual que la alusión a la monarquía se sustituya por las expresiones *republicae* o *sovereign*. Este principio opera excluyendo la prescripción de las acciones del Estado –esto es, estableciendo la inaplicabilidad del *statute of limitations*–, aunque se reconoce con distinta extensión en los diferentes Estados de Estados Unidos¹¹³⁷. No obstante, en materia criminal, lo habitual es que el Derecho penal anglosajón actual¹¹³⁸ reconozca la posibilidad de prescripción de las infracciones leves, que se establece en los distintos *statutes of limitations*, pero que se excluya para los delitos más graves o atroces¹¹³⁹.

Aunque desde el punto de vista axiológico, desde el *Tratado de los delitos y de las penas* de BECCARIA, se admite que la pena tardía es injusta, desde el punto de vista de la aplicación práctica del Derecho, un ordenamiento que sencillamente no reconoce la prescripción, no plantea los problemas que suscita la imprescriptibilidad señalada de forma expresa para determinados delitos, más allá de lo cuestionable que pueda resultar esta decisión político-criminal. La imprescriptibilidad expresamente reconocida, negando la posibilidad de la prescripción, plantea en cambio cuestiones relativas a su fundamento (por qué unos delitos pueden prescribir y otros no) así como problemas prácticos, como determinar quién es competente para el enjuiciamiento de

1136 Cfr. LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 128.

1137 Un buen resumen del ámbito de aplicación de este principio en los distintos Estados de Estados Unidos puede verse en: https://web.archive.org/web/20140108165345/http://web.uslaw.org/wp-content/uploads/2013/08/Nullum_Tempus_Compendium_of_Law.pdf

1138 En el Reino Unido, la *Magistrates' Courts Act* de 1980, capítulo 43, Parte VII se refiere a la *Limitation of time* en la Sección 127. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/43/pdfs/ukpga_19800043_en.pdf

Respecto de Estados Unidos, para una visión general de la cuestión cfr. ALAN L. ADLESTEIN, «Conflict of the Criminal Statute of Limitations with Lesser Offenses at Trial», 37 Wm. & Mary L. Rev. 199 (1995), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol37/iss1/10> págs. 247 y ss.; «The Statute of Limitations in a Criminal Case: Can It Be Waived?», 18 Wm. & Mary L. Rev. 823 (1977), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol18/iss4/8>

1139 Como se apuntó antes, en Estados Unidos, el Código federal señala que no prescriben los delitos castigados con pena de muerte (*Capital Offenses*), los delitos de terrorismo si han producido la muerte o lesiones graves o han creado un riesgo previsible de muerte o lesiones graves a alguna persona (*Terrorism-Related Offenses Resulting in or Involving the Risk of Death or Serious Injury*), y determinados delitos cometidos contra menores, como secuestros y abusos sexuales (*Child Abduction and Sex Offenses*).

delitos imprescriptibles de Derecho internacional si el Estado donde se han cometido no está en condiciones de procesar a los responsables, o si es posible aplicar estas normas de forma retroactiva en el tiempo.

14.2. La imprescriptibilidad reconocida de forma expresa en los tratados internacionales

Además del mero desconocimiento de la figura de la prescripción, existe una segunda clase de imprescriptibilidad, que es la reconocida de forma expresa para determinados delitos en los instrumentos internacionales. Ésta tiene como presupuesto la sujeción del autor del crimen a un ordenamiento ilegítimo, lo que determina que, si se pretende evitar la impunidad del crimen, sea el Derecho penal internacional el que deba de intervenir, bien mediante aplicación de los Tratados convencionales o bien mediante la aplicación de normas previstas en el ordenamiento interno de otro Estado, que actúa en virtud de cláusulas de justicia universal.

De este modo, surge el problema consistente en que un ordenamiento jurídico de un Estado determinado simplemente no castiga, o señala la posibilidad prescripción de hechos que, sin embargo, son constitutivos de crímenes imprescriptibles conforme al Derecho internacional (suscrito o no por ese Estado). Pero el enjuiciamiento y castigo de las conductas ha de llevarse a cabo, con base en la imprescriptibilidad, desde el exterior por otro agente (sea una organización internacional o incluso otro Estado individual en virtud de cláusulas de justicia universal) que considera que la previsión de Derecho interno que conduce en definitiva a la impunidad es ilegítima. En la apertura de los Juicios de Núremberg, el Fiscal norteamericano JACKSON, afirmó que “El trato que un gobierno da a su propio pueblo, normalmente no se considera como asunto que concierne a otros gobiernos o la comunidad internacional de los estados. El maltrato, sin embargo, de alemanes por alemanes durante el nazismo traspasó, como se sabe ahora, en cuanto al número y a las modalidades de crueldad, todo lo que la civilización moderna puede tolerar. Los demás pueblos, si callaran, participarían de estos crímenes, porque el silencio sería consentimiento”¹¹⁴⁰. JANKELEVICH diría: “que no nos

1140 Cfr. *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg 14. November 1945 - 1. Oktober 1946, Nürnberg 1947*, tomo II, pág. 150 Citado por HUHLE, RAINER: «De Nürnberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA ROÑETA, Serie V, 1997.

reprochen los alemanes el inmiscuirnos en sus asuntos; no son sus asuntos. Este asunto es el de todas las naciones pisoteadas. Alemania, es decir el acusado, es más bien el único país que no debe inmiscuirse en este asunto”¹¹⁴¹.

En definitiva, cuando no se reconoce la legitimidad del ordenamiento que ampara la prescripción o en definitiva la previsión conducente a la impunidad, quien desde el exterior pretenda enjuiciar los hechos habrá de acudir al Derecho internacional ante la insuficiencia del Derecho interno. Hoy en día, no obstante, tal Derecho internacional cuenta con un mayor desarrollo legislativo que en aquellos momentos, al haber cristalizado en normas escritas lo que en el momento de redactar el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg eran principios no escritos (si bien en el ámbito internacional eran considerados de *ius cogens*) que señalara expresamente las características de los delitos enjuiciados y las penas a imponer, lo que dejaba un gran margen de discrecionalidad¹¹⁴².

Pero puede también darse la circunstancia de que la ilegitimidad del sistema que ampara la prescripción y la consiguiente imprescriptibilidad sea afirmada por la nueva clase dirigente del mismo Estado tras la sustitución del régimen político anterior por otro distinto. En estos casos, si los crímenes van a ser juzgados por las autoridades del mismo Estado donde se cometieron, en el caso de que se den las condiciones para ello, no parece que vaya a resultar imprescindible acudir al viejo concepto, procedente del Derecho internacional público, de la *opinio iuris* derivada de los usos internacionales entre Estados. Habrá que acudir en este caso al fundamento consistente en que hasta el momento no se pudieron perseguir los crímenes. En Alemania, como se ha dicho, se adoptó por ello la concepción en clave procesal de la prescripción defendida por el ex Canciller ADENAUER y consistente en que hasta el 1 de enero de 1950, fecha en que los tribunales alemanes comenzaron a funcionar normalmente, no podía considerarse

www.derechos.org/koaga/v/

Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria, de Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*. También en: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

1141 JANKELEVITCH, VLADIMIR: *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*, Traducido del francés por Mario Muchnik, Muchnik Editores, Barcelona, 1987, pág. 23

1142 Así, el art. 27 del Estatuto de Núremberg establecía que “En caso de dictar una sentencia condenatoria, el Tribunal podrá imponer la pena de muerte o la que estime conveniente y justa”. Cfr. http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

que comenzara a correr el plazo, de modo que así podían seguir persiguiéndose los asesinatos cometidos por los nazis que aún no hubieran prescrito¹¹⁴³.

En el desarrollo de las doctrinas sobre imprescriptibilidad en el ámbito internacional han tenido una influencia determinante las llamadas doctrinas de la lucha contra la impunidad, acertadamente consideradas por SILVA SÁNCHEZ el fin más “moderno” del Derecho Penal, hasta el punto de que, cuando aparecen, dejan de mencionarse los tradicionales fines de la pena de prevención general y prevención especial¹¹⁴⁴.

En el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el Principio 23 del Informe de 8 de febrero de 2005 realizado por DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad¹¹⁴⁵, en referencia a “Restricciones a la prescripción”, se afirma que “La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”.

De este modo, en la doctrina actual de las Naciones Unidas se afirma por un lado que la prescripción no puede correr mientras no existan recursos eficaces, lo cual entronca con la concepción en clave procesal de la prescripción como institución jurídica, trasladando al ámbito penal el principio procesal de la *actio nata*, propio del orden jurisdiccional civil, según el cual no puede correr el tiempo de prescripción de una acción para quien no tiene posibilidad de ejercitarla. Este traslado de un principio procesal propio del proceso civil al ámbito penal, no es admisible en el ámbito interno

1143 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

1144 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

1145 Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones (E/CN.4/2005/102/Add.1). Cfr. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

de un ordenamiento considerado legítimo, donde el Estado, en condiciones normales de funcionamiento, estará obligado a perseguir toda acción delictiva¹¹⁴⁶. En cambio, debe aceptarse esta tesis en el orden internacional para salvaguardar la posibilidad de intervención de una fuerza exterior que considera ilegítima la legislación interna que ampara la impunidad.

Por otro lado, se afirma en la doctrina de las Naciones Unidas que existen delitos graves que conforme al Derecho internacional son imprescriptibles “por naturaleza”, lo que nuevamente entronca con la cuestión ya tratada relativa a la doctrina de la naturaleza de la cosa y su aplicación a las instituciones jurídicas, debiendo concluirse que tal “naturaleza”, a nuestro juicio, y según se expuso, no puede ser otra que la legal, pues en definitiva, ya sea conforme a una legislación interna o al Derecho internacional, un delito no es sino una construcción jurídica. Existen por tanto delitos imprescriptibles porque así han sido configurados por el “legislador” (esto es, quien ostenta la potestad de promulgar normas), ya sea el interno o ya el internacional.

Para concluir este apartado, en relación con la cuestión relativa a la posibilidad o no de aplicación retroactiva de las normas, en este contexto de aplicación de un ordenamiento jurídico que castiga con preferencia sobre otro que procura la impunidad, estimamos que una vez que el Derecho interno se descarta por ilegítimo, carece de sentido hablar de aplicación retroactiva de normas de imprescriptibilidad. Lo que establezca el Derecho interno será irrelevante, y el Derecho externo que se aplica, si se basa en la aplicación de tipos penales característicos del Derecho penal internacional, cuenta ya -desde Núremberg y sobre todo desde el Estatuto de Roma- con suficiente apoyo escrito como para que no se considere vulnerado el principio liberal de *nula pena sine lege*. Y si es el mismo Estado el que se dispone al enjuiciamiento y castigo de sus nacionales tras alcanzarse o reestablecerse condiciones consideradas “normales”, le bastará con acudir a la doctrina de la *actio nata*.

1146 El uso del criterio de la *actio nata* para empezar a correr el plazo de prescripción es criticado por GONZÁLEZ TAPIA, que observa que de esta manera, el inicio del cómputo depende de una circunstancia aleatoria y manipulable, como es el momento en que se descubre el delito y se procede judicialmente para su persecución o en los delitos perseguibles a instancia de parte, el momento de presentación de la querella, que queda en manos del acusador. Este criterio iría por tanto en contra del principio de seguridad jurídica. Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, pág. 61.

14.3. La imprescriptibilidad reconocida de forma expresa en las legislaciones internas como negación de la prescripción

Ya hemos realizado un estudio acerca de la evolución histórica de la legislación española sobre prescripción e imprescriptibilidad de los delitos, desde la primera legislación codificada hasta la actualidad, pasando por la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte. Habiendo estudiado también el origen de la imprescriptibilidad, nacida en el ámbito internacional, con influencia anglosajona, y repasado el estado de la cuestión en el ámbito internacional, procede ahora repasar las previsiones de imprescriptibilidad que expresamente se recogen en las legislaciones de nuestro entorno y en la nuestra propia, lo que nos dará una visión general del estado de la cuestión antes de diferenciar entre distintas clases de imprescriptibilidad existentes y determinar en cuál de ellas encaja la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

Pues bien, en Estados Unidos, el Código Federal¹¹⁴⁷ establece que no prescriben los delitos castigados con pena de muerte (*Capital Offenses*)¹¹⁴⁸, los delitos de terrorismo si han producido la muerte o lesiones graves o han creado un riesgo previsible de muerte o lesiones graves a alguna persona (*Terrorism-Related Offenses Resulting in or Involving the Risk of Death or Serious Injury*)¹¹⁴⁹, y determinados delitos cometidos contra menores, como secuestros y abusos sexuales (*Child Abduction and Sex Offenses*)¹¹⁵⁰.

1147 Donde las limitaciones temporales a la persecución de los delitos vienen en el Título 18, Parte II, Capítulo 213 del U.S. Code.

1148 18 U.S.C. 3281 “An indictment for any offense punishable by death may be found at any time without limitation”.

1149 18 U.S.C. 3286(b) (“Notwithstanding any other law, an indictment may be found or an information instituted at any time without limitation for any offense listed in Section 2332b (g)(5)(B), if the commission of such offense resulted in, or created a foreseeable risk of, death or serious bodily injury to another person”).

1150 18 U.S.C. 3299 (“Notwithstanding any other law, an indictment may be found or an information instituted at any time without limitation for any offense under Section 1201 [kidnaping] involving a minor victim, and for any felony (continued...)”).

En países de tradición jurídica más cercana a la nuestra, algunos Códigos recogen también declaraciones expresas de imprescriptibilidad de determinados delitos. Así, el Código Penal Alemán¹¹⁵¹ en su §78.2 dispone que “Los crímenes realizados conforme a los incisos 220a (genocidio) y 211 (asesinato) no prescriben”. También el Código Penal austriaco actual¹¹⁵², en § 57. (1) establece que “Los delitos castigados con cadena perpetua o amenazado con prisión de diez a veinte años o cadena perpetua, no prescriben”, lo que viene a suponer la imprescriptibilidad de un gran número de delitos¹¹⁵³.

Y conforme al art. 213-5 del Código Penal francés¹¹⁵⁴, la acción pública relativa a los crímenes de genocidio, de deportación, la reducción a esclavitud o la práctica masiva y sistemática de ejecuciones sumarias, de secuestros de personas seguidos de su desaparición, de tortura o de actos inhumanos, inspiradas por motivos políticos, filosóficos, raciales o religiosos y organizadas en ejecución de un plan concertado contra un grupo de población civil serán castigadas con reclusión criminal perpetua y, al igual que las penas impuestas, serán imprescriptibles.

En Argentina, por ley 24.584 se aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, adquiriendo jerarquía constitucional derivada por ley 25.778. No obstante, la única acción imprescriptible según el texto de la Constitución es la que surge del art. 36 (Cfr. La Rosa, pp. 130-131), pero este precepto, más que castigar en todo caso determinados crímenes, lo que pretende es garantizar la vigencia de la Constitución en todo caso, afirmando que “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el

1151 Puede consultarse la traducción de Claudia López Díaz en la siguiente dirección: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

1152 Puede consultarse en internet en la siguiente dirección: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296>

La relación completa de delitos imprescriptibles en el Código Penal austriaco puede verse en FOREGGER, WK, § 57, n° marg. 1. (cfr. RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 92, pie de página).

1154 Puede leerse la traducción al español que ofrece el Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi, Catedrático de la Universidad de San Sebastián en la siguiente dirección: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_45.pdf

sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

El Código Penal español, en la actualidad, señala expresamente en su art. 131.4, tras la modificación que llevó a cabo la Ley Orgánica 5/2010, la imprescriptibilidad de “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614”, que “no prescribirán en ningún caso”. Y “tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona”. La Ley Orgánica 1/2015 no ha supuesto ninguna modificación en esta materia.

15.ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS, SUS FUNDAMENTOS Y SU UTILIDAD

15.1. El Derecho como emanación del poder político y la imprescriptibilidad fundada en la imposibilidad de contención del castigo

Lo habitual en los círculos académicos es que la imprescriptibilidad de determinados delitos, señalada por los Tratados internacionales, sea valorada positivamente, en consonancia con el consenso internacional del que es fruto¹¹⁵⁵. En cambio, es más duramente criticada cuando son los Códigos Penales de cada país los que, a nivel interno, la señalan para algún delito sin que exista un previo acuerdo internacional¹¹⁵⁶.

El horror provocado por los nazis, de donde proviene la configuración del delito de genocidio y su imprescriptibilidad, propició un cambio de paradigma en materia de prescripción. Sin embargo, los crímenes cometidos en determinadas dictaduras

1155 Sin duda, como sostiene GÓMEZ MARTÍN, favorece este apoyo la carga emotiva que arrastran estos delitos, pero también la finalidad política con la que se cometen, por lo que se ha afirmado que su imprescriptibilidad puede explicarse atendiendo no sólo a su extrema gravedad, sino también al modo en que pueden llegar a incidir en los propios pilares estructurales del sistema democrático y la pacífica convivencia en sociedad, pudiendo dejar en la colectividad una huella prácticamente imborrable. GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?» Revista Crítica Penal y Poder. 2013, nº 4, marzo (págs. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

Se ha llegado a afirmar que la sociedad europea que surge después de la Segunda Guerra Mundial se autoconciba como una antítesis de la barbarie de los regímenes fascistas, lo que explica la necesidad de perseguir y castigar los actos de genocidio mientras vivan sus responsables, más allá de todo límite temporal (Ragués i Vallés, 2004).

1156 Así, algunos autores han criticado que la incorporación a nuestro Derecho de previsiones de imprescriptibilidad que no son fruto de la trasposición de algún acuerdo internacional, como puede ser la de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona introducida en el Código Penal en 2010, por considerar que es “contrario al avanzado principio del Derecho penal moderno el preceptuar la imprescriptibilidad de un delito, por atroz que parezca”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 341-342; VIVES ANTÓN, a la vista del anteproyecto de ley que derivó en la reforma del Código que introdujo esta norma en nuestro Código, aludía al descrédito de la prescripción que, a su juicio, obedece a impulsos, sentimientos y creencias metajurídicos difíciles de defender en Derecho. “Pues, innecesario es decirlo, el juicio jurídico no es, ni puede ser, el juicio de Dios. La pena sólo puede justificarse por su necesidad; y esa necesidad se debilita, incluso hasta desaparecer, con el paso del tiempo”. La imprescriptibilidad hace caso omiso de ello. Cfr. VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: «¿Estado democrático o Estado autoritario?: (reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)», Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, ISSN 1888-3443, Nº. 4, 2008, págs. 264-273. Documento disponible en Tirantonline, con ref. TOL1.405.952.

sudamericanas posteriores han propiciado que el tema haya sido estudiado más profusamente en este contexto.

El argentino ZAFFARONI afirma que la imprescriptibilidad de crímenes como los de lesa humanidad se fundamenta, sencillamente, en la falta de legitimidad y de capacidad de contención del castigo que el Derecho penal tendría para evitar la punición de determinadas conductas de extrema gravedad, pues si los crímenes contra la humanidad “son generalmente practicados por las mismas agencias del poder punitivo¹¹⁵⁷, operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo del control y de la contención jurídica”, el Derecho penal –que este autor considera una emanación de los órganos del Estado que en ese momento ostentan el poder¹¹⁵⁸–, no se hallaría legitimado para contener la acción punitiva¹¹⁵⁹.

Sin embargo, lo cierto es que como ha señalado CASTAÑO, con clara influencia de SCHMITT, “«politicidad» no es idéntica a «estatalidad», si con tal término se alude al derecho como un producto de la maquinaria institucional del Estado, reducido al servicio de los fines contingentes de éste”, pues “en ese caso la justicia quedaría absorbida por y limitada al derecho positivo, y no cabría hablar de una norma, o mandato político, objetivamente injustos”¹¹⁶⁰. Las palabras de ZAFFARONI pueden entenderse como expresión de voluntad de que el Derecho interno no sea obstáculo para

1157 En este sentido, también se pronuncia la conocida sentencia argentina Arancibia Clavel, a propósito de crímenes cometidos bajo las tres juntas militares, en la que la Suprema Corte de la Nación llega a afirmar que “las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad»”. Y ello aunque dicha Convención fuese aprobada por el estado con posterioridad a la comisión del hecho, entendiendo que no se fuerza con ellos la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos. CSJN - 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-”. <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>

1158 Para este autor, el poder punitivo es “un hecho de la realidad del poder, un *factum* o hecho político. En este sentido el poder punitivo comparte la naturaleza de la guerra: puede deslegitimarse por irracional, pero no por ello desaparece, simplemente porque es un hecho de poder”. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Estructura básica del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 28.

1159 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: «Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Puede también leerse como capítulo en su obra *En torno a la cuestión penal*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2005, págs. 254-266.

1160 CASTAÑO, SERGIO RAÚL: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico». *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8. 2007, págs. 87-113.

castigar los crímenes más graves. Pero tanto en el caso de que en el interior de ese Estado donde se cometieron los crímenes se haya producido un cambio de régimen y de condiciones sociales hasta el punto de que puedan juzgarse tales hechos con garantía de objetividad, como en el supuesto de que sea el Derecho penal internacional (que también es Derecho penal) el que haya de intervenir, habrá que reconocer que en ningún caso puede imponerse una pena con base jurídica al margen del Derecho penal que, desde la Ley del Talión, no es sino limitación de la venganza.

De este modo, más que aludir a una imposibilidad del Derecho penal de contener un castigo, debe hablarse de ilegitimidad del Estado que ampara la impunidad, mediante prescripción o fórmulas similares y de supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno. Tal supremacía puede venir dada por vía convencional, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para los Estados Parte o impuesta por la fuerza, como los juicios de Núremberg.

15.2. La imprescriptibilidad como revisionismo histórico. ¿Hasta qué punto se puede revisarse el pasado mediante la aplicación del Derecho penal?

Cuando pese a la falta de una legalidad escrita que ampare el enjuiciamiento y el castigo se ha pretendido juzgar un hecho considerado criminal, no ha habido más remedio que prescindir de tal legalidad, considerada inmoral, bien para imponer la propia del juzgador o bien acudir a principios consuetudinarios internacionales, entendiendo que expresan una moral superior. Sin embargo, tratándose de crímenes de lesa humanidad, no cabe tampoco prescindir de la génesis histórica de tal concepto, desconociendo la evolución de las ideas y las concepciones morales a lo largo de la Historia. En otro caso, al no poderse precisar en el tiempo el origen de la inveterada costumbre del castigo de los crímenes considerados universalmente más graves, como son los ataques directos contra la vida humana, se abre la puerta a la revisión del pasado más remoto, utilizando para ello el Derecho penal como llave.

En este sentido, ZAFFARONI llega a afirmar que “las obligaciones de reparar en razón de estos crímenes no tienen la misma naturaleza que las que emergen de cualquier otro ilícito civil, porque, por lo general, la construcción misma de la legalidad emerge de las propias relaciones de poder que son consecuencia de estos crímenes cometidos en

siglos anteriores”. De este modo, “si los indios o los descendientes de esclavos sufren hoy las consecuencias de crímenes contra la humanidad practicados siglos atrás y como resultado de los cuales se hallan en posición desventajosa respecto del resto de sus sociedades, negarles el derecho a toda reparación en función de la mera prescripción civil y con el argumento de la seguridad jurídica de la propiedad es un claro caso de escándalo jurídico, pues importa afirmar que la única legalidad existente es la que fundaron los que cometieron el crimen contra la humanidad sobre la relación de poder que resultó de él, es decir, que convierte nada menos que un crimen contra la humanidad –por el mero transcurso del tiempo– en un título legítimo al que no puede oponerse el derecho de sus víctimas”¹¹⁶¹. Con razonamientos de este tipo, sin perjuicio de las necesarias distinciones que deberían hacerse a efectos históricos, entre la actuación de España en América y la llevada a cabo por otras potencias¹¹⁶², se corre el peligro de utilizar hechos ya pertenecientes a la Historia -cometidos por personas de generaciones pasadas, con otros valores culturales, y al amparo de organizaciones políticas cuya naturaleza mutó hace siglos o que quizás ya ni siquiera existen-, para derivar de ellos, por ejemplo, responsabilidades civiles en favor de personas que tampoco habían nacido al tiempo de producirse tales acontecimientos, confundiendo así lo penal con lo civil, lo individual con lo colectivo y el estudio de los hechos históricos con el deseo de cambiar la legalidad presente, que no tiene por qué derivar directamente de esos hechos, o que en cualquier caso se habrá visto influida por multitud de factores añadidos que no se tienen en cuenta. De este modo, puede acabarse con cualquier atisbo de la seguridad jurídica que el Derecho aspira a lograr.

1161 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: «Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Puede también leerse como capítulo en su obra *En torno a la cuestión penal*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2005, págs. 263-264).

1162 El historiador JUAN ESLAVA GALÁN lo explica así: “Antes de entonar mea culpas que nadie ha pedido hay que considerar que no se puede juzgar con criterios modernos el comportamiento de unos hombres de mentalidad y principios muy distintos los nuestros. Ni podemos medir con el mismo rasero a los españoles del siglo XVI y a los colonos del siglo XIX que exterminaron sistemáticamente al indio americano, «al piel roja», al de las películas de John Wayne. La diferencia estriba quizá en la mentalidad racista de los anglosajones frente a la meramente mercantilista de los latinos. Los latinos del siglo XVI, nosotros, eran unos fanáticos ignorantes, que todo lo cifraban en el derecho de conquista del guerrero valeroso, que gana honor y hacienda con las armas. Los anglosajones del XIX eran hombres cultos, que habían pasado por el tamiz humanizador de la Ilustración y que se limitaban a trasplantar su cultura a los nuevos territorios, anulando por completo al indígena”. ESLAVA GALÁN, JUAN: *Historia de España contada para escépticos*, Editorial Planeta, 12ª edición, Barcelona, 2011, pág. 219.

Si cada uno tiene que responder de sus crímenes y a nadie debe hacerse responsable de los cometidos por otros, hasta el punto de que el moderno Derecho penal internacional acoge el criterio de la responsabilidad individual por los hechos cometidos (al margen de la estatal), mayor motivo existirá para entender que las actuales generaciones no pueden ser castigadas por que hicieran sus antepasados. El “crimen” y la “imprescriptibilidad” que fundamentarían resarcimientos económicos (al no poder castigarse ya a los criminalmente responsables) son conceptos propios del Derecho penal y éste tiene por finalidad regular de forma justa la imposición de una pena, que no puede aplicarse sino a personas vivas que hayan sido declaradas responsables en el debido proceso judicial. El proceso –bien sea el mismo penal u otro civil separado– es también cauce necesario para fijar las responsabilidades civiles que haya de satisfacer el condenado o sus causahabientes por razón del delito. Por ello, puede afirmarse que una concepción de la imprescriptibilidad de los delitos que no tenga en cuenta las reglas del Derecho penal, no será más que una excusa para el revanchismo, un concepto que abandona la ciencia jurídica para convertirse en algo contrario a ella y a la Historia misma, pues no es posible juzgar a los muertos con el Derecho penal.

Junto con lo anterior, cabe afirmar que hablar de crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial es sencillamente anacrónico¹¹⁶³, pues por muy rechazables moralmente que hoy en día puedan parecernos determinados hechos históricos, en la noción de “crimen” está implícita la aceptación de un sistema de Derecho penal, ubicado en unas coordenadas temporales y culturales, y ha de tenerse en cuenta que la construcción del concepto de crímenes contra la humanidad –lo mismo que ocurre con la propia ONU o las Comunidades Europeas que dieron origen a la actual Unión Europea– no tuvo lugar hasta después de tal conflicto. Carece por tanto de sentido pretender aplicar en la actualidad las doctrinas penales sobre la imprescriptibilidad de determinados crímenes a hechos históricos anteriores, con la pretensión de derivar obligaciones jurídicas.

Lo anterior no impide que los hechos históricos ya remotos, cuando los responsables no pueden ser enjuiciados, puedan ser estudiados e incluso reinterpretados

1163 Y ello por más que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 comience “*Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad*”. Cfr. Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

a la luz de nuevos descubrimientos o concepciones morales. Ni tampoco que las leyes no penales no puedan decidir que determinados grupos sociales hoy en día menos favorecidos (por las anteriores o por otras causas de difícil concreción) puedan ser promocionados con el fin de lograr la igualdad de oportunidades, ni que quienes sufrieron tales hechos en el pasado no puedan ser objeto de la dignificación y el reconocimiento simbólico. Se trata simplemente de que el Derecho penal, al que pertenece la noción de imprescriptibilidad de los crímenes, no está llamado a cumplir estos fines.

15.3. El problema de la inexistencia de una verdadera justicia universal

La idea de un Derecho penal internacional que reconoce al individuo como sujeto de Derecho y no sólo a los Estados ha supuesto el gran avance de permitir aplicar la sanción de manera quirúrgica, únicamente a los responsables de los crímenes, con independencia de la responsabilidad del Estado, evitando que la población inocente, que ya sufrió las consecuencias del crimen, tenga que sufrir también las consecuencias de su castigo. La idea de una comunidad internacional que vela por los Derechos humanos es así el fundamento del moderno Derecho penal internacional¹¹⁶⁴.

Sin embargo, en nuestro mundo globalizado, donde la información llega inmediatamente, teniendo noticia de que se están cometiendo crímenes como los que fundamentan las declaraciones de imprescriptibilidad, se hace necesario que quien pueda impedirlo lo haga rápidamente, sin esperar a la producción de mayores daños, pues resulta inhumano permitir la comisión de tales crímenes por más que luego puedan ser juzgados, al igual que la policía impide la comisión de un delito que se va cometer y no espera simplemente a que se cometa para luego detener al autor y que pueda ser juzgado. Igualmente, sobre todo si se atiende a la función reparadora a que aspira el moderno Derecho penal, no cabe esperar a que la situación se estabilice en ese lugar hasta que sea su propia organización política la que se encuentre en condiciones de

1164 Como se afirma en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318): *“La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente garantizar su persecución precisamente por las dificultades extremas o imposibilidad de su persecución interna. Por lo tanto, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad es su perseguibilidad internacional más allá del principio de territorialidad”*.

juzgarlos. La responsabilidad del enjuiciamiento recae por tanto, esencialmente, sobre la comunidad internacional, lo que plantea el problema de la inexistencia, a día de hoy, de una verdadera Justicia universal independiente del Derecho penal propio de cada Estado.

En el Derecho penal internacional con base en los Tratados, para que un tribunal internacional como la Corte Penal Internacional tenga competencia para juzgar a determinados criminales, en primer lugar es necesario que el Estado al que pertenezcan se haya adherido voluntariamente al Tratado¹¹⁶⁵, y por lo tanto que haya aceptado ese Derecho, junto con sus reglas de imprescriptibilidad, como válido. Por otro lado, la aplicación de una justicia universal recogida en cláusulas unilaterales puede dar lugar a serios problemas diplomáticos, lo que ha llevado a España a autolimitar recientemente tales competencias mediante Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia

1165 Cabe recordar que siete Estados votaron contra el Estatuto en una votación de la que no se levantó acta. China, Estados Unidos e Israel expresaron sus razones para votar en contra. El representante de China manifestó que el poder que se le daba a la Cámara de juicio previo para bloquear la iniciativa del fiscal no era suficiente y que la adopción del Estatuto debiera haberse hecho por consenso y no por votación.

La principal objeción de los Estados Unidos se refería al concepto de jurisdicción y su aplicación a los Estados no-Partes. Su representante manifestó también que el Estatuto debe reconocer el papel del Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión.

El representante de Israel dijo que no comprendía por qué el acto de trasladar habitantes a un territorio ocupado se incluía en la lista de crímenes de guerra. <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>

Por otro lado, en noviembre de 2016, el Presidente de Rusia Vladímir Putin decretó la revocación de la firma del Tratado, que se había producido el 13 de septiembre de 2000. Cfr. Diario “El País” de 16 de noviembre de 2016: «Rusia retira su firma del tratado que rige la Corte Penal Internacional» Elena Vicéns). http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/16/actualidad/1479298396_913115.html

Poco antes, Sudáfrica, Burundi y Gambia habían anunciado que a pesar de haber firmado y ratificado el Estatuto de Roma iban a retirarse y quedar fuera de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, alegando que la misma es parcial y colonial por juzgar solo a personas africanas. Cfr. Diario “El País” de 26 de octubre de 2016: «África rompe con La Haya. Gambia, Sudáfrica y Burundi dejan la CPI mientras Kenia y otros cuatro países sopesan lo mismo» (Isabel Ferrer). http://internacional.elpais.com/internacional/2016/10/26/actualidad/1477477650_280212.html

universal¹¹⁶⁶, ante las presiones de Estados Unidos y China, según refiere BALTASAR GARZÓN¹¹⁶⁷.

En última instancia, el problema es que la idea de justicia universal continúa siendo hoy por hoy una utopía, al no existir un Estado u organización con una ley y una policía operativas en todo el mundo. Por más que las distintas legislaciones internas incorporen preceptos en los que se afirme la posibilidad de impartir tal clase de justicia, por el momento no son más que habilitaciones internas para extender la jurisdicción propia más allá de las fronteras estatales, pudiendo encontrar ese Estado la oposición frontal e insalvable de otros poderes exteriores que hagan que sus normas resulten inoperantes. Asimismo, no cabe desconocer que la posibilidad de perseguir delitos más allá de las fronteras estatales abre la puerta a utilizaciones con intereses espurios o

1166 «BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2014, páginas 23026 a 23031, con vigencia desde el 15 de marzo de 2014. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-2709

1167 En sus memorias publicadas en 2016, BALTASAR GARZÓN afirma estar “plenamente convencido” de que el hecho de que en junio de 2006 el Gobierno de Pekín llamara al embajador español en la capital china, José Pedro Sebastián de Erice y Gómez-Acebo, para quejarse de las actuaciones de la Justicia española en relación con dos causas en la Audiencia Nacional que implicaban a las autoridades en sendos casos de presunto genocidio, uno en el Tíbet y otro en contra del movimiento Falung Gong, además del caso de Guantánamo y las presiones del Gobierno chino y el estadounidense, acabaron de hecho con la aplicación de la jurisdicción universal en España.

El procedimiento contra las autoridades chinas se había iniciado en virtud de una querrella interpuesta el 28 de mayo de 2005 por la representación procesal del Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación Casa del Tíbet, que ejercían la acción popular, y de Thubten Wangchen Sherpa Sherpa -un ciudadano de nacionalidad española víctima de torturas tras su detención en el Tíbet-, como acusación particular, por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad contra Jiang Zeming, anterior presidente de la República Popular China y secretario del Partido Comunista Chino (PCCh); Li Peng, antiguo primer ministro durante la represión tibetana y de finales de los años ochenta y principios de los noventa; Reng Rong, secretario del Partido en el Tíbet, durante el periodo 1971-1980, y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet; Yin Fatang, secretario del Partido en el Tíbet, durante el periodo 1980-1985, y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste, participando en la ocupación del Tíbet; Qiao Shi, jefe de la Seguridad china y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los años ochenta (fallecido en junio de 2015); Chen Kuiyuan, secretario del Partido en la Región Autónoma del Tíbet durante el periodo 1992-2001; y Peng Pelyun, ministro de Planificación Familiar en los años noventa.

La querrella había sido admitida el 10 de enero de 2006 por auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, pero tras distintas actuaciones, que refiere BALTASAR GARZÓN, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional pronunció por mayoría un auto de fecha 2 de julio de 2014 cerrando la causa definitivamente. Frente a esta resolución se formuló recurso de casación en cuyo trámite de instrucción el Ministerio Fiscal dijo que debería acordarse el sobreseimiento de la causa conforme lo previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. (...) El día 23 de junio de 2014 se celebró la sesión del Pleno de la Sala Penal acordando por mayoría el sobreseimiento y archivo de la causa sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad frente a la L. O. 1/2014, de 13 de marzo. Cfr. GARZÓN REAL, BALTASAR: *En el punto de mira*, Editorial Planeta, Barcelona, 2016, págs. 793 y ss.

cuanto menos a usos desproporcionados o irracionales de estas cláusulas, máxime cuando existen tipos penales que ni siquiera están perfectamente definidos en el Derecho Penal Internacional, como es el caso del art. 7. k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que se refiere a “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”¹¹⁶⁸.

No obstante tal falta de definición de determinados tipos penales -lo que viene determinando que el terrorismo ni siquiera sea delito competencia de la Corte Penal Internacional- la imprescriptibilidad de los crímenes que universalmente se consideran más graves se ha defendido por la doctrina y jurisprudencia, desde los juicios del Tribunal de Núremberg con el argumento de que el principio de *nullum crimen sine lege* debía ceder cuando representara una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional afirma en su Sentencia de 19 abril de 2005 que el art. 6 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 -que pretendía dar un salto definitivo en la lucha contra la barbarie al pretender la condena a nivel internacional lo que hasta ese momento estaba condenado solamente por los derechos estatales, y no en todos-, “*se basa en criterios ético jurídicos para salvar el escollo que representa la falta de tipificación penal previa y puede decirse que deja de aplicar en sentido estricto el principio de legalidad. El art. 6, c relativo a los crímenes contra la Humanidad actuaba como «norma de cierre», que se proponía cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar al castigo de los autores de graves atropellos. Esta norma que vulneraba desde el punto de vista penal clásico el principio de legalidad y el principio de no retroactividad de las normas penales, fue sin embargo calificado como «monumento de la civilización jurídica moderna», «punto de referencia en la lucha contra la barbarie». Detrás del art. 6 están Auschwitz, Mathausen, Ravensbrück, Treblinka, etc. (A. Cassese)*”¹¹⁶⁹.

1168 En este sentido, cfr. CASTAÑO, SERGIO RAÚL: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico». Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007, págs. 87-113.

1169 Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

15.4. La imprescriptibilidad como medida de dignificación de las víctimas

La imprescriptibilidad de determinados delitos, como expresión de las doctrinas contra la impunidad, también se ha relacionado en la doctrina internacional con la importancia de que las víctimas o sus familiares puedan conocer la verdad judicial y, en general, de que los hechos no sean olvidados¹¹⁷⁰.

En el Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, se reconoce el “derecho inalienable a la verdad”, como una de las manifestaciones del “derecho a saber”, afirmando que *“Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones”* (Principio 2). En concreto, respecto del “derecho de las víctimas a saber”, se afirma en el Principio 4 que *“Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”*¹¹⁷¹.

En primer lugar, es necesario señalar que el concepto de víctima que conforme al Derecho internacional puede tener derecho a una reparación no se limita al directamente ofendido. El art. 8 de la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 relativa a los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos

1170 HUHLE recuerda las palabras con las que JOSÉ AYALA LASSO, Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos comenzó su discurso en una conferencia celebrada en 1995, en conmemoración de los 50 años del proceso de Nuremberg «La justicia es un derecho humano». El fiscal de La Haya, RICHARD GOLDSTONE, precisó por su parte: “La justicia no es solamente una cuestión del castigo de criminales de guerra y de derechos humanos. Es también una cuestión del reconocimiento de los sufrimientos de las víctimas. Y para los afectados, en muchos casos, este reconocimiento es una parte esencial de su proceso de rehabilitación.” Cfr. HUHLE, RAINER: «De Nüremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA RONE'ETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista Memoria, de Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika. También en <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

1171 Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones (E/CN.4/2005/102/Add.1). Cfr. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”¹¹⁷², establece “se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”. Asimismo, señala el art. 9 que “Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

Claro que para hacer efectivo este derecho a saber, es necesario que se instituyan unas garantías. El Principio 5 del Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005¹¹⁷³ afirma que “Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial. Las sociedades que han experimentado crímenes odiosos perpetrados en forma masiva o sistemática pueden beneficiarse en particular con la creación de una comisión de la verdad u otra comisión de investigación con objeto de establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas. Sea que un Estado establezca o no un órgano de ese tipo, debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos”.

1172 <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

1173 Adición al Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

Un cierto avance en orden a garantizar que el conocimiento de la verdad no se limite al estudio y divulgación de los hechos históricos sino que se concrete en una verdadera aplicación de justicia ha venido de la mano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado que no basta con la “verdad histórica” que puedan establecer otros órganos como las denominadas comisiones de la verdad, que no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales¹¹⁷⁴. Pero en cualquier caso, es obvio que queda en manos de cada Estado adoptar las medidas necesarias para la efectividad de estos derechos, lo que nos devuelve nuevamente al problema de la falta de una verdadera justicia universal.

La prescripción en el Derecho penal responde a la idea de olvido, y de ahí que tratándose de los crímenes más graves, se afirme la necesidad de recordar y la consiguiente imposibilidad de prescripción. El Principio 3 del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2005, afirma que *“El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”*¹¹⁷⁵.

En la literatura jurídica española, se ha argumentado en favor de la imprescriptibilidad de determinados crímenes aludiendo a la importancia de no olvidar lo sucedido como medida de dignificación jurídica de las víctimas y de reafirmación de valores fundamentales de la sociedad. Para RAGUÉS I VALLÉS, “la imprescriptibilidad puede explicarse perfectamente desde una concepción del Derecho penal como instrumento necesario para preservar un determinado orden social. La extrema gravedad de ciertos delitos que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad, tiene como consecuencia que sea imprescindible el

1174 Cfr. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 150. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

1175 Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables”¹¹⁷⁶. Otros autores, como GONZÁLEZ TAPIA, estiman que con la declaración de imprescriptibilidad de determinados delitos como el genocidio, la comunidad internacional refuerza el autoimpuesto deber de mantener vivo el recuerdo de tales sucesos. Además de cualificar la gravedad de dicho crimen frente a cualquiera de las demás infracciones que puedan cometerse, es un gesto de firmeza y permanente abominación del mismo, que encierra la declarada esperanza de evitar que experiencias como las vividas en la Alemania nazi, en Ruanda o en la ex Yugoslavia puedan volver a repetirse. Sin embargo, para esta autora, también sería posible justificar la prescripción de esta infracción en el decaimiento de la necesidad de pena por el transcurso del tiempo, puesto que incluso ese atroz crimen acaba siendo visto por la comunidad como un acontecimiento histórico¹¹⁷⁷.

En relación con las violaciones de derechos humanos, se ha aludido también a la pena como medida que contribuya a la rehabilitación de las víctimas, pues aunque ciertamente la justicia como subsistema de la sociedad ha reemplazado al ejercicio privada de la venganza, como señala HUHLE, subsisten “profundos sentimientos en la conciencia y subconciencia popular sobre la relación entre el dolor sufrido y el castigo como recurso para borrar ese dolor”. De ahí también la ambigüedad semántica de la palabra “pena”, que se mantiene en los otros idiomas latinos, y que amalgama los conceptos de “dolor” y de “castigo”, lo cual nos debe advertir sobre esta estructura compleja y profunda del pensar humano. “La idea cristiana del sufrimiento de Cristo como sufrimiento representativo necesario para la salvación de toda la humanidad, o también la imaginación medieval del purgatorio, son expresiones de este mito en nuestra cultura. Existen otros, equivalentes, en otras culturas del mundo. Cuando la justicia no cumple con su tarea de restituir la parte dañada en su derecho legítimo, el regreso a la venganza como una expresión primitiva de la necesidad de purgar el dolor injusto por la pena justa recobra fuerza y queda como posibilidad y peligro”¹¹⁷⁸.

1176 RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 92.

1177 GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003, págs. 85-86.

1178 HUHLE, RAINER: «De Nüremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la

Atendiendo a la legislación española, lo cierto es que el resultado último de la prescripción, esto es, el sobreseimiento de la causa (art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no se compadece en absoluto con la víctima o perjudicado por el delito, al que se fuerza a acudir a la jurisdicción civil, por lo general más lenta y costosa, si es que quiere obtener al menos el resarcimiento económico de los daños sufridos. Pero además, cuando el delito prescribe, se echa en falta –sobre todo respecto de los delitos más graves–, que la víctima pueda obtener una resolución judicial que recoja el relato de lo sucedido e incluso que esclarezca la realidad de los hechos. Para ello, el proceso penal resulta ser el instrumento ideal, en el que se pueden oír testigos, analizar documentación, contrastar datos, etc. Como ha puesto de manifiesto SUBIJANA ZUNZUNEGUI, en relación con las víctimas del terrorismo, la configuración de la prescripción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como obstáculo procesal “cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente, excluye un pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron”¹¹⁷⁹. Como se viene defendiendo, esta previsión podría fácilmente implementarse en nuestro ordenamiento, sin necesidad de declarar imprescriptibles todos los delitos de mayor gravedad, mediante una sencilla modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si consideramos que la prescripción del delito, en la dogmática penal, no es sino un óbice de punibilidad –y no de procedibilidad, como parece deducirse del juego de los arts. 666 y ss. y 675 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, podría enjuiciarse la conducta, aunque fuese claro que por razón del tiempo transcurrido el delito ha prescrito, sin perjuicio de que, por falta de utilidad de la pena, ésta luego ya no se ejecute. Ello constituiría una medida de dignificación de las

justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA ROÑE'ETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria*, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*. También en: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

1179 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N.º. 23, 2009, págs. 79-86.

víctimas, al permitir concretar la verdad judicial de lo sucedido y dirimir en el mismo proceso las responsabilidades civiles a que hubiere lugar.

15.5. ¿La imprescriptibilidad como valor absoluto?

Desde el punto de vista del derecho natural clásico, resulta que la concepción de la imprescriptibilidad como un valor absoluto, como advierte CASTAÑO, impide a los gobiernos, en un contexto de justicia transicional (de un régimen político a otro) “adoptar –en ciertos casos– decisiones prudencialmente aconsejables en orden a restaurar, o a comenzar a forjar, la paz y la concordia; decisiones tales como la prescripción de ciertos graves delitos. Ello porque la forma más alta de justicia es aquélla cuyo objeto es el bien común, vgr., la justicia general”. De ahí que para este autor, “la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, así como la de cualquier otro delito grave -o incluso aberrante-, sin ser contradictoria con el derecho natural, con todo no constituye ni concreta positivamente un precepto de derecho natural”. Es necesario señalar que la visión del autor “derecho natural”, sigue, según refiere, la tradición platónico-aristotélico-tomista, y entiende así que los principios de derecho natural son principios permanentes de racionalidad práctico-jurídica y de ahí que “el derecho, en su primer analogado de conducta jurídica debida a otro, sea el objeto de la virtud de justicia”. Como expusiera TOMÁS DE AQUINO, tales principios de racionalidad práctica serían principios de rectitud del obrar referidos al ámbito individual, familiar, jurídico, económico y político, cognoscibles *per se* para todo hombre adulto y sano; y de objetiva y absolutamente valiosos para cualquier circunstancia de cualquier época en cualquier cultura¹¹⁸⁰.

Bajo el postulado de que la autoridad política ha de concretar el orden del derecho según las exigencias del bien común, el autor nos plantea la siguiente situación: “Supongamos que, derrocado el régimen tiránico de la confesión «A», quien fuese

1180 Tales primeros preceptos práctico-normativos -fundados en el principio generalísimo de hacer el bien y evitar el mal-, tal y como se desprenden de su obra, principalmente, *Summa Theologiae*, I-IIae. c. 94, a. 2. son: el cuidado de la propia integridad y el consiguiente respeto a la integridad del inocente; la unión de los sexos en pareja, y el cuidado de la prole; la recta vida social, que incluye los primeros principios de ley natural jurídica (*suum cuique tribuere*) y de ley natural política (persecución y primacía del bien común político); y la búsqueda de la verdad, que culmina en la búsqueda de Dios. Cfr. CASTAÑO, SERGIO RAÚL: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico». Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007, págs. 87-113.

investido de la máxima potestad resultara ser un miembro conspicuo y representativo de la confesión «B», líder de la resistencia contra la persecución a los suyos. Supongamos, asimismo, que, en aras de acallar los antiguos odios y de unir definitivamente a todos los ciudadanos bajo una misma bandera, y haciéndose eco (él, y su grupo a través de él) de aquella palabra que ha aconsejado «poner la otra mejilla», ese gobernante contestase los agravios de la persecución con una amnistía. Pues bien, si la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad concretara el contenido inmutable de un precepto de derecho natural, entonces ese gobernante estaría traicionando frontalmente su misión. No sería un patriota, ni un jefe de Estado prudente, sino un cómplice o encubridor de delitos aberrantes”¹¹⁸¹.

En efecto, la imprescriptibilidad como valor absoluto niega la posibilidad de una amnistía, no ya para los que directamente ejecutaron los actos criminales, sino para toda aquella parte de la población que de alguna manera colaborara con estos actos incluso por omisión, quizás cuando eran muy jóvenes, y que, al menos teóricamente, podrán ser perseguidos mientras vivan, si bien en la práctica, al no poder individualizarse culpas, el Derecho no permite seguir un proceso judicial. Además, la imprescriptibilidad así concebida se erige en un valor absoluto que excluye otros valores humanos que no son ajenos al Derecho, como es la posibilidad de perdonar, que también es un valor cristiano, aunque ello queda reducido a una posibilidad individual de las víctimas, no asumida por las organizaciones estatales.

Para alumbrar la cuestión, puede prescindirse de la idea de virtud y búsqueda de bien común y observar la posibilidad de imprescriptibilidad al margen de toda consideración moral, concibiendo la Política simplemente como mera conquista y conservación del poder. Desde este punto de vista, una amnistía basada en la prescripción puede ser útil para las finalidades de los gobernantes, lo cual no tiene por qué excluir a priori la idea de “bien común”, aunque se trataría de un “bien común” limitado a las fronteras estatales, al interés de los gobernantes y quizás incluso a la sociedad estatal. Pero fuera de estas fronteras, considerando la humanidad en su conjunto (de ahí la idea de crímenes internacionales) la idea de impunidad constituye un

1181 CASTAÑO, SERGIO RAÚL: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico». Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007, págs. 87-113.

pésimo ejemplo desde el punto de vista de la prevención general que la pena está llamada a cumplir, también en el plano internacional.

Quizás por eso, la posibilidad de amnistías no es admitida como regla general en el ámbito internacional¹¹⁸², donde existen diversas resoluciones judiciales que aluden a la imposibilidad de acordar una amnistía para crímenes contra la humanidad, genocidio o crímenes de guerra, si bien siempre con apoyo en los textos de Derecho internacional y no meramente en consideraciones morales sin sustento jurídico. En este sentido, cabe citar cómo la sentencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001, dictada en el caso conocido como “Barrios Altos”, declaró que las leyes de amnistía dictadas por el gobierno peruano en favor de policías, militares y civiles que hubieren cometido o participado entre 1980 y 1995 en hechos de violaciones a los derechos humanos carecían de efectos jurídicos al ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁸³. En dicha Sentencia puede leerse que “Son

1182 Así el Principio 24 del Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005 establece restricciones a las amnistías, de modo que “Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata.

b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 31 a 34, y no menoscabarán en el derecho a saber.

c) Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos”.

d) Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado c) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura”. Cfr. Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones (E/CN.4/2005/102/Add.1). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

1183 Cfr. AMBOS, KAI: «La internacionalización del Derecho Penal y América Latina», en *El Derecho frente a la globalización y el terrorismo*, Actas del coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril de 2003, (coord. Mario G. Losano – Francisco Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, 2004, págs. 31-56 (53).

inadmisibles las disposiciones de amnistía, las de prescripción y el establecimiento de leyes excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de Derechos Humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹¹⁸⁴.

También en el auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de España se citan algunas otras resoluciones internacionales en las que se afirma que una amnistía resulta inadmisibile para los crímenes internacionales más graves¹¹⁸⁵.

1184 La Sentencia puede leerse en la Página web de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

1185 El auto completo se publicó en el libro titulado *Garzón contra el franquismo, los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura*, Diario Público, 2010. También puede leerse en internet en: <http://www.latinreporters.com/espagneGarzonFrancoLorca16102008M.pdf>

Se transcriben a continuación algunos extractos de estas resoluciones, recopiladas en su auto por BALTASAR GARZÓN:

“En la misma línea, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Masacre de Mapiripán versus Colombia, del 5 de septiembre de 2005, nos dice: “El Estado tiene el deber de investigar y sancionar de manera seria las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. Dicha investigación debe incluir la identificación plena de todas las víctimas”.

Por último, también es interesante, en el mismo sentido, la sentencia del tribunal oral en lo criminal federal número 5, de la capital federal Argentina, de 11 de agosto de 2006, en el caso Turco Julián. Esta sentencia, la primera que se dictó después de la derogación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, es muy clara cuando dice: “La respuesta es que los instrumentos internacionales que establecen esta categoría [crímenes contra la humanidad], así como el consiguiente deber para los estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan y, por ende, no admiten que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelva la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el principio opuesto». ()

La Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso Kondewa de 25 de mayo de 2004, entre otros, invalidó las especificaciones sobre la amnistía del Acuerdo de Lomé de 1999 respecto de las normas de este tipo que pudieran beneficiar a los principales responsables de crímenes contra la humanidad. El representante oficial de la ONU que firmó el acuerdo anotó: «Naciones Unidas interpreta que la amnistía no será aplicable a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones de Derecho Internacional.» ()

El Tribunal Constitucional sudafricano, en el caso Azapo (Azanian People’s Organization) y otros vs. President of the Republic of South Africa, sustentó que la expresión del artículo 6 (5) del Protocolo II de las Convenciones de Ginebra de 1977, () “amnistía más amplia posible” no excluía el procesamiento por crímenes internacionales. El propósito de ese artículo se comprende mejor refiriéndolo a la tropa (soldados) más que a los responsables máximos de los meritados crímenes.

Parece claro el consenso en el ámbito internacional de que las amnistías no pueden absolver de

Resulta que tanto desde el punto de vista del Derecho natural clásico como desde el meramente político, concibiendo la Política como poder, la imprescriptibilidad como valor absoluto plantea problemas. El principal, antes apuntado, aparece desde el punto de vista del Derecho penal (que en última instancia es también político) como Derecho que regula la imposición de penas orientadas a un fin, y particularmente en relación con el fin de prevención especial, pues los lapsos de tiempo, generalmente largos, transcurridos entre la comisión y el enjuiciamiento de estos crímenes dará al traste con toda pretensión de prevención especial.

Junto con ello, hay que admitir, además, la imposibilidad de cualquier maquinaria penal de investigar y juzgar individualmente a la gran cantidad de individuos que suelen intervenir, en distintos grados, en este tipo de crímenes, de modo que, como ocurrió en Núremberg, lo normal es que únicamente se logre juzgar a los cabecillas¹¹⁸⁶. Quizás por ello, como observa SILVA SÁNCHEZ, quienes propugnan la imprescriptibilidad de delito contra los derechos humanos, que conduce en la práctica al enjuiciamiento de ancianos por hechos cometidos por éstos treinta o cuarenta años antes, no parecen pretender tanto el castigo efectivo cuanto la necesidad de la reafirmación jurídica de la víctima como ser humano¹¹⁸⁷.

antemano a aquellos que, con sus acciones propiciaron, diseñaron, ejecutaron todo un plan sistemático de ejecuciones de personas o la desaparición generalizada de los mismos por motivos ideológicos (crímenes contra la humanidad) genocidio o de guerra que suponen las mayores y más graves violaciones de las leyes internacionales”.

Sin embargo, en el propio auto, los efectos de la Ley de Amnistía española de 1977 son respetados por el mero argumento de ser una ley anterior a la Constitución, y sin tener en cuenta que dicha Ley de Amnistía es la materialización del consenso que fundamenta la propia Constitución. De este modo, sólo considera perseguibles los delitos clasificados como permanentes, esto es, la detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima en el contexto de crímenes contra la humanidad que hubieran seguido consumándose después de la Constitución de 1978 y hasta el momento de dictar el auto.

1186 Lo cual no impedía, sin embargo, que éstos hubieran de responder de los crímenes cometidos bajo su mando. El art. 6 del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg de 1945, tras sentar las bases de lo que habría de entenderse por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalaba que “Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”.
http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

1187 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

Sin embargo, desde el punto de vista de la prevención general, considerando que la humanidad, en cuanto que portadora de derechos inalienables, no está limitada por fronteras estatales, el castigo de los crímenes contra la humanidad desplegará plenos efectos, por muchos años que hayan transcurrido desde su comisión. La noción de imprescriptibilidad de estos crímenes sirve entonces para romper las barreras impuestas por las fuerzas estatales que buscan la impunidad en forma de prescripciones o amnistías. Y el mero horizonte de que esos crímenes no se vuelvan a repetir en ningún lugar es razón suficiente para justificar la imprescriptibilidad de los ya cometidos.

CAPÍTULO III

**INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DEL ART.
131.3-2 DEL CÓDIGO PENAL, RELATIVA A LA
IMPREScriptIBILIDAD DE LOS DELITOS DE
TERRORISMO QUE HUBIEREN CAUSADO LA
MUERTE DE UNA PERSONA**

CAPÍTULO III.- INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DEL ART. 131.3-2 DEL CÓDIGO PENAL, RELATIVA A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE TERRORISMO QUE HUBIEREN CAUSADO LA MUERTE DE UNA PERSONA.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Sobre los criterios interpretativos considerados

Llegados a este punto, creemos estar en condiciones de hacer una correcta interpretación del nuevo párrafo añadido al art. 131 del Código Penal (hoy art. 131.3, párrafo segundo CP), que establece que “Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona”¹¹⁸⁸.

Afirmaba JIMÉNEZ DE ASÚA que no sólo las leyes oscuras o equívocas deben ser interpretadas; lo han de ser todas, incluso las clarísimas, como observó sagazmente DORADO MONTERO (*Problemas*, págs. 177 y ss.). En este sentido, ya dijo CELSO: *Scire leges non hoc est, verba earum tenere sed mad postestatem*. Y es que toda ley, por el hecho de aplicarse, es interpretada, ya que al cotejar su contenido con el hecho real, se produce un proceso de subsunción, al que contribuyen los órganos interpretativos (a veces el legislador y el científico y siempre el juez) por procedimientos gramaticales y teleológicos, y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos o progresivos¹¹⁸⁹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, tiene declarado que la “interpretación de conformidad con la Constitución (...) responde además a un criterio de prudencia que aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento”¹¹⁹⁰.

1188 Según la numeración establecida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, esta norma se encontraba en el art. 131.4 CP. La nueva ubicación se debe a la renumeración llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

1189 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 410.

1190 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 4/1981 de 2 de febrero (RTC 1981, 4).

La Real Academia Española señala que *interpretación* es la “Acción y efecto de interpretar” y, como primera acepción de *interpretar*, “Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto”¹¹⁹¹.

Trataremos de concretar por tanto el sentido y alcance del precepto que declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte sujetos a los cánones que impone la naturaleza penal del precepto.

La interpretación es una operación lógico-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley, en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarla a casos concretos de la vida real¹¹⁹². Pero como advierte GARCÍA MAYNEZ, “el punto de partida de la actividad hermenéutica no son las normas expresadas, sino las expresiones de que hacen uso los órganos creadores de aquéllas”¹¹⁹³. Y debe tenerse en cuenta que, como expresar LOIS ESTÉVEZ, “las normas positivas son imperfectas y su interpretación es un hervidero de problemas interminables”¹¹⁹⁴.

1191 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.^a edición, publicada en octubre de 2014. Señala el mismo Diccionario que, en el ámbito del Derecho, entre las acepciones del término *interpretación*, que ésta puede ser auténtica cuando es “la que de una ley hace el mismo legislador”, doctrinal (“la que se funda en las opiniones de los jurisconsultos”) o usual (“la autorizada por la jurisprudencia de los tribunales”).

NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO nos explica, por su parte, que el término *interpretación* viene de *inter* (entre) y *paro* (comparar), significando la actuación del que mediaba en las compras, generalizándose después a otros negocios y asuntos de la vida. De este modo, cuando se habla de la interpretación de la Ley se da a entender, pues que entre la fórmula rígida y abstracta de la Ley y el caso o especie regulados por ella se alza la personalidad del aplicador del Derecho para acomodar aquéllos a éstos, incorporándose la norma con su verdadero significado a los efectos y relaciones de la vida social. La interpretación es pues, en definitiva, “la investigación dirigida a adquirir el sentido y alcance de la norma jurídica”. NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979, págs. 55 -56.

1192 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4.^a edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 409.

1193 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 288.

En sentido similar, JIMÉNEZ DE ASÚA reitera que aunque la ley es la única fuente del Derecho penal, los textos legales que le dan a conocer no son el derecho sino la forma de expresión de éste, seguramente la más valiosa. Pero al interpretar esos preceptos escritos, lo que se procura es descubrir el sentido de la expresión, que no se identifica con el objeto y que, como HUSSERL dijo (en *Investigaciones lógicas*, traducción de Manuel García Morente y José Gaos, Madrid, Rev. De Occidente, 1929, tomo II, pág. 54), tiene como elemento intermedio la significación. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4.^a edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 410.

1194 LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del*

Pero tratándose de una norma penal, las posibilidades de interpretación se encuentran cercadas por el principio de legalidad penal. Como tiene señalado el Tribunal Supremo, con sujeción a los principios generales de Derecho, las leyes prohibitivas y las que envuelven una sanción penal, no pueden en modo alguno interpretarse extensivamente¹¹⁹⁵. El principio de legalidad penal –que la Constitución recoge en su art. 25– impone con alcance absoluto la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de modo que la norma punitiva aplicable permita deducir con el suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometa. Tales normas tipificadoras deberán tener, además, rango de ley¹¹⁹⁶.

Es sabido que MIR PUIG hace de la Constitución el fundamento de la interpretación del moderno ordenamiento jurídico penal. En Derecho penal, la interpretación –como explica este autor– siempre es permitida si es razonable y compatible con los valores constitucionales. Esta interpretación se distingue de la analogía (prohibida si perjudica al reo) en que mientras que la interpretación es la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su “sentido literal posible”, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogos a otro sí comprendidos en el texto legal¹¹⁹⁷.

La razón de la supremacía del parámetro constitucional a la hora de interpretar una norma jurídica reside en que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, “*La Constitución es una norma (...), pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de*

Derecho, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

1195 Así en Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 23 febrero 1973. La misma expresión tendría una profunda raigambre en nuestra jurisprudencia, pues según NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO fue ya citada en Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1902. Cfr. NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 62. En el mismo sentido, se recoge la cita que señala que “Todo precepto excepcional debe interpretarse restrictivamente” (Sentencia de 23 de febrero de 1926).

1196 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 113/2002 de 9 de mayo (RTC 2002, 113).

1197 MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 75.

*convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. (...) La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevinida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella”*¹¹⁹⁸.

Si como afirmara ENGISCH, lo que se llama metodología jurídica tiene preferentemente por objeto la obtención de la premisa mayor del silogismo de la subsunción (ENGISCH, KARL: *Einführung in das juristische Denken*, 3ª ed., 1964, pág. 63), GIMBERNAT aclara que “el objeto de la metodología jurídica es, sobre todo, el de determinar el contenido de la proposición jurídica para ver qué casos concretos de la vida son subsumibles en ella”¹¹⁹⁹. Para comprender el alcance de la norma, esto es, los casos que se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación, habrá que seguir el razonamiento lógico que la misma norma propone.

El empleo de esta herramienta, obligada en el ámbito del Derecho penal por lo imperativo del principio de legalidad, nos servirá para delimitar cuándo por aplicación de este precepto, el delito de terrorismo será imprescriptible. Sin embargo, saber cómo hemos de razonar no debe llevarnos a obviar la cuestión principal: la correcta determinación de las premisas de las que derivará la consecuencia de la imprescriptibilidad¹²⁰⁰. La principal dificultad consiste, por tanto, en definir el concepto

1198 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 9/1981 de 31 de marzo (RTC 1981, 9).

1199 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, reimpresión de 2009, pág. 44.

En el mismo sentido, explicaba DE BUEN: “Analizada cualquier norma jurídica, se descubre en ella una proposición condicional. En toda norma jurídica, en efecto, se establece un supuesto y una consecuencia, que debe surgir si el supuesto tiene lugar. La estructura lógica de la norma jurídica expresada esquemáticamente es: Si se da el supuesto S, surja la consecuencia C”. A lo que añadía que “Ejemplos innumerables lo ponen de manifiesto” y que “Aun cuando la forma hoy corriente de expresión no se ajuste a los términos del anterior esquema, es fácil de reducir cualquier norma a sus términos”. DE BUEN, DEMÓFILO: *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, pág. 110. Citado por RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 26.

1200 GARCÍA MAYNEZ, al exponer la teoría del silogismo jurídico, advierte de que “es necesario percatarse de que el problema lógico relativo a la forma o estructura de los razonamientos que posibilitan la aplicación de normas abstractas a casos concretos de la experiencia jurídica es completamente diverso del que consiste en la formulación de las premisas de esos razonamientos”. A tal efecto, cita a Schopenhauer: “El hombre sano no corre el peligro de inferir falsamente. Hay infinidad de juicios falsos, en tanto que las falsas inferencias, realizadas en serio, son muy raras... Tan general es la sana razón, como rara la correcta capacidad de juicio. La lógica simplemente indica cómo hay que inferir, esto es,

jurídico de “delito de terrorismo”, lo que se hizo en el primer capítulo, al cual nos remitimos en este punto.

Como expone GIMBERNAT en su *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*¹²⁰¹, desde SAVIGNY se distinguen cuatro medios de interpretación, que él denomina aspectos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático¹²⁰². Con IHERING y la jurisprudencia de los intereses gana terreno un nuevo aspecto: el de la finalidad de la ley, esto es, el aspecto teleológico.

Consideraremos válidos estos criterios para la interpretación de la norma que nos ocupa, pues no en vano coinciden sustancialmente con los que se recogen en el art. 3.1 de nuestro Código Civil, al establecer que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

cómo hay que proceder con proposiciones ya establecidas; pero no cómo hay que crearlas originalmente... Nadie errará al hacer inferencias... la dificultad y el peligro de equivocarse están en la formulación de las premisas”. El mexicano, por su parte, distingue el ámbito de la lógica del de la ciencia jurídica, concluyendo que “Analizar la estructura de un razonamiento es cuestión lógica; establecer correctamente las premisas en que descansan las inferencias de un juez o un abogado el, en cambio, cuestión primordialmente jurídica”. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 287.

1201 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, reimpresión de 2009, pág. 44.

1202 Sin embargo, cabe advertir que pese a que los parámetros para interpretar la ley popularizados por SAVIGNY son comúnmente aceptados, para éste, interpretar una ley es “situarse mentalmente en la posición del legislador y repetir artificialmente su actividad” (SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON: *System des heutigen römischen Rechts*, Tomo I, 1840, págs. 213-214). SAVIGNY es considerado por tanto subjetivista, en el sentido de que para él, la comprensión del sentido equivale entender la voluntad del legislador o, para decirlo en forma más rigurosa, lo que éste quiso expresar. Así es catalogado por ENGISCH, que lo incluye dentro de esta corriente de pensamiento junto con otros tratadistas alemanes como Windscheid, Regelsberger, Enneccerus, Bierling, Heck, Beling, Stammler, Petraschek y Nawiasky. Cfr. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 293.

Para Windscheid, la interpretación es la comprobación de del sentido que el legislador ha vinculado a sus palabras; el intérprete tiene que ponerse en lo posible dentro del alma del legislador (*Pandekten*, art. 21); para Regelsberger, la Ley es la expresión de la voluntad del legislador; lo contenido en la Ley es lo manifiestamente querido por el legislador, la voluntad del legislador (*Pandekten*, pág. 143); para Enneccerus, lo decisivo es la voluntad del legislador que ha sido expresada en la Ley (*Lehrbuch*, t.1º, en las diferentes ediciones); para Heck, el método correcto de la interpretación de la Ley es una investigación histórica a los mandatos e intereses (*Gesetzesauslegung und interessenjurisprudenz*); para Beling, el jurista tiene que seguir las ideas valorativas que tenían los hombres empíricos concretos que han hecho la Ley; la voluntad del legislador en el sentido de la clásica teoría de la interpretación. Cfr. NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979, pág. 62.

No obstante, cabe aquí advertir –como pone de manifiesto LATORRE SEGURA–, que frente a la doctrina tradicional que entendía que lo necesario era interpretar la voluntad del legislador, para salvar las objeciones que plantea–como la imposibilidad de determinar quién sea el legislador o la falta de adaptación de normas promulgadas hace tiempo a la realidad vigente–, domina hoy el criterio de que lo que hay que interpretar es el sentido objetivo de la ley que, “una vez publicada, se desprende, por así decirlo, de sus autores, tiene vida propia y un espíritu propio, y éste es el que hay que averiguar”¹²⁰³.

El caso de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte resulta paradigmático, pues se implantó en nuestro ordenamiento mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que modificaba profundamente tanto los delitos de terrorismo, en atención fundamentalmente todavía a las necesidades que imponía la lucha contra ETA¹²⁰⁴. Sin embargo, manteniéndose la previsión de imprescriptibilidad, toda la regulación de los delitos terroristas ha sufrido un profundo cambio mediante la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, atendiendo ahora expresamente, como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de esta norma, a las necesidades que impone el terrorismo yihadista. Esta clase de terrorismo, llevado a cabo por lo general mediante ataques suicidas o sin huida preparada, aceptando los terroristas que perderán la vida, plantean el problema relativo a la extinción de la responsabilidad criminal por muerte del delincuente, que no se daba por lo general con el terrorismo de ETA. Cuando el autor inmediato haya actuado

1203 LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 96.

En este sentido, FINGER decía que “terminada la ley se independiza de su pasado (Lehrbuch, § 33). Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 412.

También COBO DEL ROSAL explica que la interpretación jurídica ofrece el contenido de sentido de las normas objetivas, en suma, la *voluntas legis*, que es la que importa como contraposición a la *voluntas legislatoris* –legislador– que es el fin de la interpretación histórica jurídica. COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, págs. 51 y 52.

1204 Cabe recordar que a regla de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte así como de las penas impuestas por estos delitos es el resultado de una Proposición de Ley de reforma del Código Penal planteada por el Grupo Parlamentario Mixto a instancia de la Diputada Doña Rosa María Díez González para la reforma del Código Penal: la Proposición de Ley 122/000091 de reforma del Código Penal para declarar imprescriptibles los delitos graves del terrorismo (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Proposiciones de Ley, 30 de mayo de 2008, Núm. 109-1. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_109-01.PDF

integrado o amparado en una organización o grupo terrorista, o dirigido por otro, la regla de la imprescriptibilidad alcanzará a estos autores mediatos, con independencia de la muerte del autor inmediato. Asimismo, la regla prevista hoy en el art 131.4 CP y según la cual “En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”, determinará la imprescriptibilidad por conexión (conforme a los criterios del art. 17 LECrim) de otros delitos menos graves, que podrán ser castigados con independencia del tiempo transcurrido, y aun muerto (quizás inmolado) el autor inmediato del delito más grave. Se revelan así efectos de la norma que en su día el legislador no parece que previera.

Para lograr la debida claridad expositiva, analizaremos la norma de la imprescriptibilidad de los delitos terroristas con resultado de muerte atendiendo separadamente a cada uno de los parámetros señalados. Pero ello sin olvidar que para la debida inteligencia del precepto, estas reglas de interpretación no pueden ser consideradas aisladamente, como métodos independientes entre sí. Más bien al contrario: estos criterios se complementan entre sí, y en muchas ocasiones resulta difícil determinar dónde termina la interpretación conforme a un criterio y empieza conforme a otro¹²⁰⁵.

1205 En este sentido, LARENZ confirma la observación de FRIEDICH MÜLLER de que las reglas tradicionales de interpretación se manifiestan en el proceso de concretización, “no sólo complementándose y apoyándose unas a otras, sino entretejidas siempre objetivamente unas con otras ya desde un principio”. LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 4ª impresión de 2010, pág. 324. La cita de Müller se encuentra en MÜLLER, F.: *Juristische Methodik*, pág. 151.

La misma idea se encuentra implícita en las afirmaciones de PERALTA, haciéndose eco de las reflexiones de GADAMER: “La unidad interna de comprensión e interpretación se confirma precisamente en el hecho de que la interpretación, que desarrolla las implicaciones de sentido de un texto y las hace expresas lingüísticamente, parece, frente al texto, una creación nueva pero sin afirmar una existencia propia al lado de la comprensión. Así, los conceptos de la interpretación acaban cancelándose cuando la comprensión se ha realizado porque estaban destinados a desaparecer”. PERALTA, RAMÓN: *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 7.

DE CASTRO señaló que en ningún caso basta la interpretación gramatical de toda regla jurídica, aún la de apariencia gramatical más clara requiere una interpretación conforme a su fin. Doctrina confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1991 al expresar que el criterio para la interpretación de una norma no debe ser exclusivamente el gramatical, porque ello conduciría a una solución opuesta al sistema en que la norma está encajada en muchos casos, debiendo acudir, por tanto a un sistema espiritualista a fin de conocer el ámbito de aplicación de la norma. Esta Sentencia es citada por MARTÍ SÁNCHEZ, MANUEL: «Indagaciones sobre la lengua del Derecho (el léxico jurídico y sus circunstancias)», Revista jurídica de Castilla - La Mancha, ISSN 0213-9995, Nº 38, 2005, págs. 103-132.

Pues bien, hecha esta advertencia y teniendo en cuenta la interconexión existente entre estos criterios de interpretación, podemos no obstante, a efectos expositivos, tratar por separado y consecutivamente los resultados derivados de la aplicación de cada uno de ellos, aunque la inteligencia global del precepto requiera de la consideración conjunta de todos ellos.

Cabe finalmente advertir que no todos estos criterios tienen que tener el mismo peso cada vez que se interprete un texto. Así, no puede obviarse que el criterio gramatical tiene una importancia decisiva cuando se trata, como en este caso, de interpretar una norma penal, donde se impone el principio de legalidad y está prohibida la analogía contra reo.

Pero antes de analizar cada uno de los parámetros señalados cabe hacer una breve referencia a la predominancia actual de la interpretación objetiva del sentido de la ley sobre la voluntad subjetiva del legislador. Y asimismo, teniendo en cuenta que la Exposición de Motivos de la ley que ha introducido la norma comentada en el Código Penal hace una expresa referencia al sentido de tal reforma, conviene que realicemos un breve comentario al significado de tal Exposición de Motivos.

1.2. La voluntad de la ley y no la voluntad del legislador

Como se ha apuntado, el legislador actúa movido por razones, aunque éstas no se especifiquen muchas veces en el texto de la norma finalmente promulgada. Se plantea así la cuestión clásica de si hay que interpretar la norma conforme a la voluntad de la ley o a la voluntad del legislador. En este sentido, no podemos sino decantarnos por la voluntad de la ley, esto es, el estudio de la norma como elemento objetivo, prescindiendo del elemento subjetivo de la voluntad del legislador que, pues una vez aprobada la norma, en un Estado con separación poderes, el autor de la misma no se encuentra en mejor posición para interpretarla que el cualquier otro operador jurídico, en especial los jueces que hayan de aplicarla.

JIMÉNEZ DE ASÚA explica cómo a través del tiempo se han mantenido dos posiciones contrapuestas para esclarecer la significación de los artículos de una ley: la de la llamada Escuela Exegética, que propugna una interpretación filológica-histórica, y la más moderna, que sigue un método *lógico-sistemático* y que hoy adquiere su mejor

forma con la *interpretación teleológica*. La interpretación filológica-histórica se identifica el sentido de la ley con la voluntad del legislador, y se basaba en un argumento que seduce por su sencillez pero que es radicalmente falso, estribando el error en equiparar el sentido de los textos legales con lo que Husserl llama intención significativa del autor de la ley, pues el propósito y voluntad de éste puede no ser el que luego objetivamente tienen los preceptos de un Código, notificado tal como lo ha sido al pueblo, o puede tener otros además¹²⁰⁶.

Mientras que como vemos, el ente abstracto llamado legislador presenta muchas voces discordantes, la voluntad de la ley es unívoca y excluye la voluntad subjetiva no sólo del legislador –que no es una persona concreta y determinada–, sino también, en una segunda fase, la del aplicador de la ley (el juez). Por ello, LATORRE SEGURA explica en su *Introducción al Derecho* que la doctrina de la voluntad de la ley es más aceptable, “siempre que no olvidemos que hablar de la «voluntad de la ley» es incurrir en una metáfora, afortunada si se quiere, pero sin realidad práctica, porque sólo los seres humanos tienen voluntad, es decir, posibilidad de querer”¹²⁰⁷.

En el caso que nos ocupa, por lo expuesto y por tratarse de una norma penal, el principio de legalidad impone considerar, junto con este método filológico-histórico, el método lógico-sistemático, cuyo fin consiste en desentrañar el sentido objetivamente válido de los textos legales, que no reside en la voluntad de los legisladores, porque la

1206 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 409-410, 440. El autor recoge la siguiente cita de RADBRUCH (*Filosofía del Derecho*, traducción española de José Medina Echeverría, pág. 154): “Un acertijo puede tener, junto a la solución que su autor pensara, todavía otra segunda no pensada por él y que puede ser acertada como la primera; y una jugada aislada de ajedrez puede tener, posiblemente, en la conexión de todo el juego, un sentido completamente diferente de aquel que creyó el que la jugaba. Semejante a esta marcha en el ajedrez, que no está solamente determinada por el jugador, es toda proposición cuando hablamos. «El lenguaje piensa y rima en nosotros», es decir, cuando hablo y pienso introduzco mis pensamientos en un mundo de pensamientos que tiene su propia y singular legislación. Tan cierto como no estoy en situación de crearme un lenguaje y un mundo conceptual para mí solo, es igualmente verdad que lo que expreso lo pongo bajo las leyes propias del mundo conceptual en que me muevo, es decir, uno a toda expresión ciertas relaciones conceptuales de las que no me está permitido alejarme”.

Quizás el legislador, al configurar como imprescriptibles los delitos de terrorismo con resultado de muerte, no fue consciente de que la imprescriptibilidad se extiende también a los delitos conexos. Limitó la imprescriptibilidad a los delitos terroristas con resultado de muerte, dejando a salvo la posibilidad de que prescriban el resto de delitos terroristas. Sin embargo, no está tan claro que en la mentalidad del legislador estuviese también la idea de fijar la imprescriptibilidad de delitos “menores” cometidos incluso quizás por persona distinta de la que materialmente ejecutó el asesinato siempre que se juzguen como delitos conexos, por la vía del art. 17 LECrim.

1207 LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 96.

ley no vale como manifestación de un *querer* subjetivo, sino como *norma* de conducta, pues –como señala RADBRUCH–, la voluntad del legislador “no es medio de interpretación, sino resultado y fin de la misma, expresión de la necesidad *a priori* de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico... El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores, y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor, es más tiene que ser más inteligente que su autor”¹²⁰⁸. En este sentido, apunta certeramente GARCÍA MAYNEZ cómo se evidencia la posibilidad de discrepancias entre lo que el legislador quiso decir y lo que el texto dice, pues la norma, lejos de ser la obra de un solo individuo, se debe a un gran número de personas. Lo que llamamos legislador no reúne las cualidades necesarias para *querer* en sentido psicológico, pues no se trata de un ser consciente y pensante, sino de una mera personificación¹²⁰⁹. En el mismo sentido, advierte LATORRE SEGURA que “el legislador es un término cómodo para designar realidades muy complejas, pero no hemos de dejarnos engañar por esas personificaciones simplificadoras”¹²¹⁰.

Por eso, estima ENGISCH que “con el acto de la legislación –de acuerdo con los objetivistas– la ley se independiza de su autor y adquiere una existencia objetiva. El creador ha desempeñado ya su papel y pasa a ocupar un segundo plano, detrás de su obra. Esta es el texto legal, la palabra convertida en voluntad legislativa, el contenido

1208 Cfr. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 294.

1209 Cfr. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 295.

En este sentido, afirmaba REICHEL: “Querer (en el sentido psicológico) puede sólo un ser consciente y pensante; pero el legislador, como una mera personificación, no reúne esas cualidades. Por eso, lo que puede ser considerado como su voluntad, en la esfera psicológica, a lo sumo puede ser una especie de resultante de los esfuerzos entrecruzados de los individuos que accidentalmente toman parte en la tarea legislativa. El problema aquí planteado y la investigación en pos de la voluntad del legislador conducen, pues, en su realización práctica, a toda clase de enormes absurdos. Habría que husmear en proyectos, anteproyectos y contraproyectos, trabajos preparatorios, deliberaciones previas, ponencias de las Comisiones, actas de las sesiones, motivos, memorias, informes, etc. Hasta habría que interpretar cuidadosamente la sonrisa o la inclinación de cabeza de un miembro de la Comisión designado por el Gobierno, el discurso improvisado de un agradable parlamentario desconocedor del asunto, y hacer destilar después de todo esto la voluntad del legislador. Sólo faltaría, aunque sobre ello se oyese como testigo a cada miembro de los grupos legisladores, lo que ellos han pensado, ideado y propuesto al reformar la ley (H. REICHEL, *La Ley y la Sentencia*, traducción de Miñana, Madrid, 1921, pág. 65) citado en JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 413.

1210 LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 93.

mental posible y real de las palabras de la ley. Tal contenido mental y volitivo inmanente en la norma legal es en lo futuro lo único determinante. Pues sólo él ha sido establecido y legalizado en forma constitucional, mientras que las representaciones y expectativas del creador de la norma sobre ese contenido no adquieren obligatoriedad ninguna”¹²¹¹.

Cabe aquí la siguiente reflexión: habiendo adquirido la ley una personalidad propia, independiente de la ficticia “voluntad del legislador” en el momento de su promulgación, las interconexiones entre las distintas normas del ordenamiento jurídico hacen imposible determinar de qué modo podrá ser aplicada la norma en el futuro. De este modo, el precepto que proclama la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que causen la muerte de una persona seguirá siendo igualmente válido aunque se modifique en el Código la tipificación de tales delitos, atribuyendo la condición de terroristas a delitos que antes no lo eran. Así ha ocurrido, sin ir más lejos, con la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que ha establecido una nueva regulación de los delitos de terrorismo. No obstante, nuevamente nos encontramos con la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. El delito de homicidio o asesinato que en el momento de su comisión no pueda ser considerado “terrorista”, a pesar de la previsión que ya hacía el art. 131.4 del Código Penal (según Ley Orgánica 5/2010, hoy art. 131.3-2 CP), no podrá considerarse imprescriptible aunque después de su comisión tal conducta se tipifique en el Código como “terrorista”.

Ya sólo nos quedaría añadir que la interpretación de la norma puede tener distinta trascendencia en función de la persona que la realice. Siguiendo la clasificación que propone NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, la interpretación puede ser auténtica, usual o doctrinal, según sea hecha por el mismo legislador, o por los jueces en la aplicación del Derecho, o por los juristas y en cuanto a los resultados alcanzados puede ser declarativa cuando tiende simplemente a determinar el significado de las palabras de la ley, de acuerdo con el sentido de la misma (*scripsi quam voluit*), extensiva cuando tiende a aplicar la ley a casos no contenidos en la fórmula legal, por entender que el pensamiento del legislador los abarca (*minus scripsi quam voluit*) o restrictiva, cuando

1211 ENGISCH, KARL: *Einführung in das juristische Denken, (Introducción al pensamiento jurídico)*, 2 Aufl. W. Kohlhammer, Stuttgart, 1956, pág. 3ª ed., 1964, pág. 89, citado en GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, págs. 297 y 298.

una ley no se aplica a casos contenidos en la fórmula por entender que así era el pensamiento del legislador (*plus scripsi quam voluit*)¹²¹².

No obstante, en Derecho penal, la prohibición de la analogía desfavorable al reo y el principio de *in dubio pro reo* impone en todo caso la interpretación restrictiva.

1.3. Especial consideración de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio

Para comprender las razones que han llevado al legislador a promulgar un precepto como el aquí estudiado, un punto de arranque ineludible es la Exposición de Motivos de la Ley que introdujo esta previsión en el Código Penal, esto es, la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Según RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, en las Exposiciones de Motivos se encontraría la “ratio legis”, y la vinculación de la norma concreta con el ordenamiento jurídico¹²¹³. No obstante, hoy en día, al igual que se ha dicho que debe atenderse al sentido objetivo del texto de la norma y no al sentido subjetivo que el legislador pretendiera atribuirle, puede afirmarse que las Exposiciones de Motivos no deberían tener otro valor hermenéutico que el histórico, en la medida en que refieran el contexto y las razones que llevaron al legislador a la aprobación de la norma. Máxime tratándose de normas penales, como la que es objeto de nuestro estudio, donde la interpretación gramatical, como se dirá, ha de primar sobre cualquier otra, sin perjuicio de que, refiriéndose a un concepto histórico y no definido por el Código Penal, como es el terrorismo, haya de ser integrada atendiendo también a otros criterios.

GARCÍA MÁYNEZ dedicó uno de sus últimos estudios a la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes¹²¹⁴. En él, llama la atención sobre la utilidad que PLATÓN les reconocía a las que hoy en día se denominan Exposiciones de Motivos¹²¹⁵.

1212 NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979, págs. 57 y 58.

1213 Cfr. RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 25.

1214 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: «Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes» (1988), en *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1989, págs. 227 y ss.

1215 En PLATÓN: *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, tomo 9, Madrid 1872, se

La finalidad de éstas –dice el mexicano– no puede reducirse a un propósito explicativo de las razones que indujeron al autor de la ley (que hoy llamamos impersonalmente legislador) a elaborarla, sino que deben “persuadir a sus destinatarios de que tienen el deber de acatarla, no ya por miedo a la imposición coactiva, sino espontáneamente, por estar convencidos de que lo que se ordena es intrínsecamente justo”. De este modo, “si las leyes no han de ser simples intimaciones despóticas, mandatos incondicionales a los que el legislador enlaza un castigo para el caso de incumplimiento, sino una expresión de una exigencia justa, el legislador concienzudo deberá anteponer a cada una de sus prescripciones un preámbulo (...) destinado tanto a explicar las razones en que dicha exigencia se basa, como también, y sobre todo, a lograr que los destinatarios del precepto se convenzan de que lo legalmente prescrito no es un mandato arbitrario, sino una norma que merece la más respetuosa observancia”¹²¹⁶. En efecto, PLATÓN utilizó la parábola de los médicos¹²¹⁷ para explicar a Clinias y a Megilo la conveniencia de emplear dichos preámbulos en las leyes: al igual que los malos médicos no persuaden al enfermo de las razones por las cuáles deben someterse a un determinado tratamiento, limitándose a prescribírselo sin más, el mal gobernante se limita a promulgar leyes sin explicar a los ciudadanos en qué razones se fundan. Se trata de la distinción entre dos maneras distintas de proceder, que GARCÍA MAYNEZ califica respectivamente como *procedimiento despótico* y *procedimiento persuasivo*¹²¹⁸. De este modo, resultaría haber

explica que Cicerón dice que Platón tomó de Zalenco, legislador de los locrios, y de Carondas, legislador de los turienses, esta idea de poner a la cabeza de cada ley un preámbulo que explique las razones y muestre la sabiduría de ella. De legibus. Ub. 2.

1216 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: «Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes» (1988), en *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1989, págs. 227 y ss. (228).

1217 “Los enfermos de las ciudades son libres o esclavos; ¿y no has observado que los esclavos se dejan curar ordinariamente por otros esclavos, que van de un punto a otro por la ciudad, o que reciben los enfermos en la oficina de sus maestros? El médico de esta clase no entra en pormenores con el enfermo a propósito de su mal, ni sufre que él razone sobre el mismo; y después de haberle prescrito a modo de verdadero tirano y dándose aire de hombre entendido, los remedios que la rutina le sugiere, le abandona bruscamente para ir a visitar otro enfermo, descargando así a su maestro de una parte de los cuidados de su profesión. Por el contrario, el verdadero médico sólo visita y cuida de los enfermos que son de condición libre como él; se informa de ellos mismos o de sus amigos acerca del origen y del progreso del mal; y después de haber obtenido todas las aclaraciones convenientes, instruye al enfermo hasta donde le es posible, no prescribiéndole remedios sino después de haberle decidido con buenas razones a tomarlos; y procura volverle poco a poco la salud dulcificando su espíritu y disponiéndole para todo por medio de la persuasión. ¿Cuál es, a tu parecer, el mejor de estos dos médicos? Y lo mismo digo de los maestros de gimnasia, ¿cuáles el mejor? ¿el que emplea dos medios para llegar a su objeto, o el que emplea uno solo que es además el peor y el más duro?”. PLATÓN: Libro IV de *Las leyes*, en *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, tomo 9, Madrid 1872, págs. 220 y 221.

1218 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: «Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los

dos formas de emitir los preceptos legales, pero los encargados de la actividad legislativa pocas veces se percatan de disponer de dos medios para dar aplicación a sus prescripciones: uno es la fuerza y otro es la persuasión. Esta forma de legislar, que busca en definitiva el cumplimiento espontáneo de la norma por los ciudadanos, no viene a difuminar una de las principales distinciones entre Derecho y Moral como es, la coercibilidad del Derecho y la incoercibilidad de la Moral, pues ambos ordenamientos se complementan¹²¹⁹.

Por su parte, ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, en su obra *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*¹²²⁰, define las Exposiciones de Motivos de la siguiente manera: “Es la primera parte de una norma jurídica escrita en la que el legislador da cuenta de las razones que hay para suponer que un determinado problema (social, jurídico, político, moral o económico) debe resolverse de una determinada manera”. Posteriormente añadirá que la expresión equivale a “preámbulo”: “Además de la denominación exposición de motivos pueden encontrarse otras que por su contenido responden a lo mismo (...) preámbulo, proemio y razonamientos previos (...) Pudiera darse el caso de denominar preámbulo a una exposición de motivo corta... pero no vemos la razón de ser de tal convenio, ya que la extensión no afecta para nada al contenido (...) Esto quiere decir que exposición de motivos y preámbulo son una misma cosa”.

Aun cuando la cuestión de las exposiciones de motivos en nuestras leyes no ha sido un tema profusamente tratado en nuestra literatura jurídica, las ideas vertidas en ellas por el legislador han servido tradicionalmente a la doctrina para aclarar el sentido de las normas jurídicas y poder interpretarlas con un mejor conocimiento de sus

preámbulos de las leyes» (1988), en *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1989, págs. 227 y ss. (230).

1219 Explica el mexicano que esto es así “porque en todo derecho auténtico deben coincidir los atributos de la vigencia, la eficacia y la justicia, coincidencia que, por otra parte, condicional la estructura ontológica de lo jurídico. Si esto es así, no podrá interpretarse la antítesis incoercibilidad de la moral – coercibilidad del derecho como incompatibilidad de las mencionadas características, sino como expresión de dos atributos que, lejos de excluirse, respecto de la conducta del destinatario de una ley, no son únicamente compatibles, sino que, al enlazar entre sí, aseguran de la mejor manera la eficacia del precepto, porque la obediencia que dimana de la persuasión siempre será más valiosa que la impuesta por medio de la fuerza”. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: «Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes» (1988), en *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1989, págs. 227 y ss. (235).

1220 RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972.

fundamentos. En este sentido, ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES cita numerosos ejemplos de prestigiosos autores que apoyan sus doctrinas en ideas extraídas de estas partes de los textos legales¹²²¹. La autora atribuye a las Exposiciones de Motivos un doble objetivo: por un lado orientar a los tribunales de justicia y por otro servir de base de conocimiento de la disposición a los destinatarios de la norma. Las razones aludidas para servir de orientación a los tribunales son que se trata del elemento más importante y directo para interpretar el sentido y alcance de la norma, constituyendo asimismo el medio a través del cual la “mens legislatoris” da a conocer la “ratio legis”, elemento imprescindible para tratar de aplicar los elementos de derecho a los hechos controvertidos y porque con arreglo a ella pueden llenarse las lagunas que en algunos casos existen en la parte dispositiva de la norma, sin romper el verdadero sentido del ordenamiento. Respecto de los destinatarios de las normas, se argumenta que la exposición de motivos es la base para que éstos conozcan el derecho y la norma, porque en ella, con lenguaje menos técnico, se muestra el contenido de la disposición, y porque en ella aparece más claro el sentido de la norma, ya que lo que muestra no son reglas jurídicas concretas, sino la idea que ha presidido al conjunto de reglas a las que precede, reglas que son preceptos concretos sin un sentido lógico si se los considera aisladamente¹²²².

No obstante, a pesar de lo hasta aquí expuesto, creemos que conviene relativizar el valor de las exposiciones de motivos a la hora de interpretar una norma jurídica. Ya el

1221 Así, explica cómo GARRIGUES utiliza la exposición de motivos para fundamentar que la compraventa de inmuebles tiene el carácter de compraventa mercantil en determinados casos, y también al explicar la carta de porte. GÓMEZ ORBANEJA también se sirve de la exposición de motivos cuando se ocupa de la aplicación correcta o incorrecta del término “inculpado” al mero procesado. URÍA cuando trata de definir lo que debe entenderse correctamente por compraventa, CASTÁN cuando trata de buscar los materiales que cabe manejar para conocer completamente el Código Civil, en cuanto a sus directrices y en cuanto a algunos puntos concretos de su articulado, y SERRA DOMÍNGUEZ cuando trata de hacer el ver el valor de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 32-33.

1222 Así, explica cómo GARRIGUES utiliza la exposición de motivos para fundamentar que la compraventa de inmuebles tiene el carácter de compraventa mercantil en determinados casos, y también al explicar la carta de porte. GÓMEZ ORBANEJA también se sirve de la exposición de motivos cuando se ocupa de la aplicación correcta o incorrecta del término “inculpado” al mero procesado. URÍA cuando trata de definir lo que debe entenderse correctamente por compraventa, CASTÁN cuando trata de buscar los materiales que cabe manejar para conocer completamente el Código Civil, en cuanto a sus directrices y en cuanto a algunos puntos concretos de su articulado, y SERRA DOMÍNGUEZ cuando trata de hacer el ver el valor de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 32-33.

insigne civilista DE CASTRO advertía que “Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilatar. No vinculan al intérprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos no son ley, llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan, pero ha de tenerse en cuenta que son sólo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación, que como se ha indicado, se dirige a fijar la finalidad actual de la norma, no en el momento de su origen”¹²²³.

En efecto, como pone de manifiesto SANTA OLALLA LÓPEZ, los autores que se han ocupado del tema coinciden en considerar que el valor normativo de la exposición de motivos es diferente del valor del texto articulado, constituyen la parte expositiva de la ley, una introducción cuya función se limitaría a ilustrar sobre su contenido y a proporcionar unos eventuales criterios interpretativos de la parte dispositiva¹²²⁴. Siendo esto así, tampoco resultan chocantes las voces como la del mencionado autor aboguen por su supresión. SANTA OLALLA LÓPEZ afirma rotundamente que “La ley es imperio, mandato, y no debe pretender justificarse con la yuxtaposición de argumentos que, por ser obra de su autor, siempre serían parciales y, por ende, poco fiables”. Y añade a continuación otro argumento que tiene incluso a nuestro juicio más fuerza: que en un estado constitucional, la ley procede del órgano legitimado para aprobarla. Esta legitimación exime *ab initio* a la ley de tener que excusar sus mandatos¹²²⁵.

1223 DE CASTRO, FEDERICO: *Derecho Civil de España*, 2ª edición, tomo I, Libro preliminar: *Introducción al Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 472, citado en RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 30.

1224 Cfr. SANTA OLALLA LÓPEZ, FERNANDO: «Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 33, septiembre / diciembre de 1991, que cita a su vez a RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972 y dos estudios de M. MARTÍN CASALS sobre las Exposiciones de Motivos, publicado el primero en GRETEL, *La forma de las leyes, 10 estudios de técnica legislativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 59 y ss., y el segundo, en ID., *Curso de técnica legislativa*, CEC, Madrid, 1989, págs. 73 y ss.

1225 SANTA OLALLA LÓPEZ, FERNANDO: «Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 33, septiembre / diciembre de

Si atendemos ya al concreto caso objeto de nuestro estudio, esto es, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, observamos que ésta alude someramente a la falta de necesidad de la pena transcurrido cierto tiempo desde la comisión del delito como uno de los argumentos que han justificado tradicionalmente la prescripción de los delitos, si bien añade que este argumento justifica la prescripción sólo en parte y niega –rotundamente y sin aportar justificación alguna– que exista esta falta de necesidad de pena cuando se trate de delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. La mencionada Exposición de Motivos no facilita, por tanto, la interpretación del precepto de la imprescriptibilidad de estos delitos introducido en el art. 131.4 del Código Penal.

Así, el legislador, tras aludir al “*descrédito del sistema judicial*” y al “*perjuicio directo a las víctimas*” que producía la impunidad debida a la prescripción de delitos castigados con penas de no excesiva gravedad –lo cual aconseja revisar su regulación sustantiva–, opta por “*eleva el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años*”. Y en relación con los delitos de terrorismo, explica que las anteriores modificaciones en materia de prescripción de delitos “*se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La*

1991. Aboga este autor, como indica el propio título de su trabajo, por la supresión de exposiciones de motivos de las leyes, aunque no obstante defiende su mantenimiento para los proyectos y proposiciones de ley, como impone el art. 88 CE, al establecer que “Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”. Las principales razones aducidas por este autor en favor de la eliminación de las exposiciones de motivos de las leyes son las siguientes: 1) su ausencia de carácter normativo; 2) el superfluo aporte interpretativo que realizan; 3) la posibilidad de lograr los mismos fines mediante el uso de las partes generales de los textos legales; 4) el inadecuado uso didáctico, divulgador o propagandístico con el que pueden ser utilizadas; 5) el hecho de que tampoco se publiquen como parte de las leyes la totalidad de los trabajos parlamentarios previos y que también ofrecerían valiosos criterios hermenéuticos; 6) la incongruencia con el mandato parlamentario, por no ser las exposiciones de motivos textos idóneos para la presentación de enmiendas, lo que acarrea problemas procedimentales; 7) su no exigencia constitucional y 8) la quiebra de la lógica formal de las leyes al producirse un contrasentido entre el significado imperativo de la ley y el tono descriptivo de la exposición de motivos.

reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado ”¹²²⁶.

Si el descrédito del sistema judicial y el perjuicio a las víctimas son consecuencia de la prescripción de los delitos menos graves, parece lógico que, precisamente cuanto más grave sea el delito, mayor sea ese descrédito y mayor el perjuicio (añadido) que sufrirá la víctima. Sin embargo, para justificar la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, no se alude ya a estas razones, sino a los fines de la pena, utilizando un argumento circular que en nada aclara el porqué de esta decisión y que no sirve como criterio interpretativo.

En cualquier caso, la afirmación tajante de la necesidad de pena requiere a su vez de una justificación. Tampoco explica la Exposición de Motivos por qué tal premisa, que sí puede cumplirse en la inmensa mayoría que constituyen el resto de supuestos prescriptibles, no puede hacerlo en los casos de delitos de terrorismo. Y no en todos, sino sólo en los que hubieren causado la muerte de una persona.

Tampoco parece que el lugar para ofrecer tales explicaciones sea el texto de una ley. El legislador dispone de múltiples canales de comunicación para explicar a sus electores el porqué de la adopción de estas medidas, sin necesidad de embarrar el texto legal. Cabe además tener en cuenta que esta Exposición de motivos precede a una Ley de reforma del Código Penal, por lo que la mayoría de ediciones impresas del Código no la recogerán, limitándose a recoger la Exposición que acompañó al texto original Código en 1995. El valor didáctico de dicha Exposición de motivos queda sólo para el estudioso no ya del Derecho positivo en su versión vigente (y ya parcheada), sino para el de las reformas sucesivas y más numerosas de lo deseable que han dado lugar al texto aplicable tal y como hoy se nos presenta.

1226 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

2. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

2.1. Sobre el criterio de interpretación gramatical

La “gramática”, según la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia, es la “parte de la lingüística que estudia los elementos de una lengua, así como la forma en que estos se organizan y se combinan”¹²²⁷. De este modo, el estudio del elemento gramatical consiste no ya sólo en el conocimiento de la significación aislada de las palabras de la ley, sino también en su sentido total, dado el lugar que ocupen en la oración.

A la interpretación gramatical de las normas jurídicas y más concretamente a las penales se refiere el penalista GIMBERNAT, diciendo que se le suele atribuir el grado jerárquico menor dentro de las distintas formas interpretativas. Y así, se dice que el jurista que se aferra a la letra de la ley como criterio último es un mal jurista, un “formalista”. Aunque, como recuerda este autor, en Derecho penal el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador tiene una función decisiva: “La letra de la ley no debe ser sobrepasada nunca cuando está en juego la imposición de una pena: *nullum crimen sine lege!*”, que exclamaba ENGISCH en su *Introducción al pensamiento jurídico*¹²²⁸. Este principio de legalidad encuentra en definitiva su justificación y su sentido en la importancia de los bienes jurídicos de la persona a que afecta la pena¹²²⁹.

Para MIR PUIG, el principio de legalidad es el principio probablemente más característico del Derecho penal del Estado de Derecho que surge de las ideas de la Ilustración, el que arraigó más tempranamente y el que goza de mayor reconocimiento en la doctrina y en las legislaciones¹²³⁰. Llegados a este punto, se hace conveniente una breve caracterización de tal principio de legalidad, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en los arts. 25.1 de la Constitución y en el 1 del Código Penal.

1227 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.^a edición, publicada en octubre de 2014. La primera se identifica con el adjetivo correspondiente a “gramatical”, y la segunda, sorprendentemente, es “persona especialista en gramática”.

1228 La cita de GIMBERNAT se refiere a ENGISCH, KARL: *Einführung in das juristische Denken*, 3^a ed., 1964, pág. 255.

1229 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, reimpresión de 2009, págs. 45-47.

1230 MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 69.

2.2. Referencia al principio de legalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional

La doctrina del Tribunal Constitucional exige que la ley penal respete el mandato de taxatividad, lo cual impide la aplicación de la norma, por analogía, a casos no previstos en ella: *“El citado aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primero, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, «según el cual han de configurarse las Leyes sancionadoras llevando a cabo el "máximo esfuerzo posible" (STC 62/1982 [RTC 1982, 62]) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones». El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene «como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora» (SSTC 218/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005, 218], F. 3; 297/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 297], F. 8)”*¹²³¹.

Respecto de este mandato de taxatividad, de determinación o de certeza, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («lex certa»).* En este mismo sentido hemos declarado que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982 [RTC 1982\62], 89/1993 [RTC 1993\89], 53/1994 [RTC 1994\53] y 151/1997 [RTC 1997, 151]), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989 [RTC 1989, 69], 34/1996 [RTC 1996, 34] y 137/1997 [RTC 1997, 137]). También hemos señalado que la ley ha de describir «ex ante» el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991 [RTC 1991, 196], 95/1992 [RTC 1992, 95] y 14/1998 [RTC 1998, 14])”¹²³².

Si bien cuando el Tribunal Constitucional habla del mandato de taxatividad se está refiriendo a los tipos penales, si consideramos, como hacemos aquí, que la

1231 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 283/2006 de 9 de octubre (RTC 2006, 283)

1232 Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 142/1999 de 22 de julio (RTC 1999, 142).

posibilidad o no de prescripción del delito integra el concepto de ley penal al afectar a la posibilidad de punibilidad de la acción concreta, es claro que también el principio de taxatividad afecta a la posibilidad de prescripción del delito o a su imprescriptibilidad. Asimismo, la necesidad de claridad en cuanto a al señalamiento del régimen de prescripción es una manifestación del principio de seguridad jurídica, pues como, también ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 46/1990 de 15 marzo, *“La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo”*¹²³³.

También se ha referido el Tribunal Constitucional a la denominada “garantía de tipicidad”, que prohíbe aplicar la ley penal más allá de sus límites literales. Esta garantía, según el Tribunal Constitucional, incluye la prohibición de la analogía *in mala partem* o contra reo. La STC 137/1997 declaraba: *“el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios”*. Afirma el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que *“no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base*

1233 Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/1990 de 15 de marzo (RTC 1990, 46).

*valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional-conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”*¹²³⁴.

2.3. Interpretación gramatical de la norma que declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte

Adentrémonos ahora en la interpretación gramatical del precepto recogido en el art. 131.4 (hoy art. 131.3-2) del Código Penal “Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona”.

En primer lugar, el adverbio de negación “tampoco” con el que comienza la frase nos remite a la regla anterior: la que establece la imprescriptibilidad de “los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614”¹²³⁵, respecto de los que se afirma que “no prescribirán en ningún caso”.

Aunque tratemos aquí de centrar nuestra atención en el aspecto gramatical, nos encontramos ya con la imposibilidad, antes aludida, de separar radicalmente los distintos criterios de interpretación de las normas legales, pues la norma a que nos

1234 Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 137/1997 de 21 de julio (RTC 1997, 137). Doctrina que se reitera en Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 151/1997 de 29 de septiembre (RTC 1997, 151).

También recuerda el Tribunal Constitucional en la anteriormente citada Sentencia 142/1999 cómo a los Jueces y Tribunales en su labor de aplicación de las leyes, “les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (SSTC 81/1995 [RTC 1995, 81] y 34/1996 [RTC 1996, 34]; AATC 3/1993 [RTC 1993, 3 AUTO] y 72/1993 [RTC 1993, 72 AUTO]), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987 y 137/1997; AATC 263/1995 [RTC 1995, 263 AUTO] y 282/1995 [RTC 1995, 282 AUTO])”. Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 142/1999 de 22 julio. (RTC 1999, 42).

1235 Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se excluyeron de la regla de la imprescriptibilidad los delitos castigados en el artículo 614 CP que, también reformado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

remite este adverbio fue introducida en el Código Penal con anterioridad a la que ahora nos ocupa, y por lo tanto, también constituye, respecto de ésta, un antecedente histórico. Intentaremos, no obstante, proseguir con nuestro estudio sistemático aislando, en la medida de lo posible, cada uno de los parámetros considerados, pues de este modo podemos profundizar más detenidamente en cada uno de los aspectos, así como exponer las conclusiones alcanzadas de forma ordenada e inteligible.

Pasemos ahora a analizar el significado de los términos empleados por la norma. GARCÍA MAYNEZ apunta que el legislador, al redactar un precepto, no se vale de un lenguaje creado por él mismo, sino de un conjunto de expresiones, muchas veces técnicas, que él no ha inventado y que poseen un sentido independiente de su voluntad¹²³⁶. Y así, un argumento más en favor del método de interpretación lógico-sistemático (y en contra de la interpretación filológico-histórica) es la existencia de definiciones legales y jurisprudenciales¹²³⁷, viniendo unas a complementar el significado de otras y poniendo nuevamente de manifiesto cómo el criterio gramatical está entrelazado con los demás (ahora, con el sistemático).

Por eso, en el caso que nos ocupa, (“Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona”) por tales delitos,—pese a la dificultad apuntada para llegar a una definición del terrorismo en el plano internacional—, en nuestro Derecho, nos remitimos a las conclusiones alcanzadas en el primer capítulo.

1236 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 295.

A este respecto, ENGISCH se preguntaba si la determinación del sentido de las expresiones legales debe establecerse tomando en cuenta las circunstancias y motivos que presidieron o determinaron la actividad del legislador, concluyendo que “la ley misma y lo que encierra en su interior no son algo estático, como lo históricamente pretérito (el pasado permanece eternamente quieto) sino algo vivo, mudable y, por ende, susceptible de adaptación. El sentido de la ley cambia en cuanto ésta es parte integrante del orden jurídico total y, por tanto, participa en la constante transformación que se opera en virtud de la unidad de dicho orden. Las disposiciones que se le añaden irradian sobre las anteriores la fuerza de su sentido, y de este modo las modifican”. ENGISCH, KARL: *Einführung in das juristische Denken*, (Introducción al pensamiento jurídico), 2 Aufl. W. Kohlhammer, Stuttgart, 1956, pág. 3ª ed., 1964, pág. 89, citado en GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 298.

1237 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 297: “Si los órganos encargados de aplicar tal o cual sistema jurídico encuentran que en determinadas normas del mismo se emplea tal o cual palabra, esos órganos están obligados a entender y a aplicar esa palabra de acuerdo con la definición legal o jurisprudencial del correspondiente concepto”.

Sin embargo, no todos los delitos de terrorismo son imprescriptibles, sino sólo “si hubieren causado la muerte de una persona”. Desde el punto de vista gramatical, cabe realizar dos observaciones: en primer lugar, la conjunción condicional “si” limita el ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad a los supuestos en que el delito de terrorismo pueda producir la muerte de una persona, esto es, los previstos, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, el art. 573.1 CP:

“1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.^a Alterar gravemente la paz pública.

3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

Como explica el *Diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española* de 2005: la conjunción “si” tiene en esta oración un valor real, denominado así porque la condición expresada es un hecho posible o realizable. “El verbo de la prótasis va en indicativo, en cualquiera de sus tiempos, salvo en el futuro simple o futuro, futuro compuesto o antefuturo, condicional simple o pospretérito y condicional compuesto o antepospretérito; el verbo de la apódosis va en indicativo o en imperativo: Si llueve, me quedaré en casa; Si no hacías lo que él decía, se enfadaba; Si vas a salir, ponte el abrigo. En el lenguaje administrativo se conserva aún el uso arcaico en la prótasis de los tiempos futuros de subjuntivo: Si no se presentare el escrito en el plazo

indicado, el demandante perderá sus derechos; Si el solicitante no hubiere acreditado suficientemente sus méritos, se considerará inválida su petición”.

En segundo lugar, se requiere además que efectivamente se haya producido el resultado de muerte. El futuro perfecto de subjuntivo empleado por el legislador en la expresión “si hubieren causado la muerte de una persona” indica que se trata de una acción acabada y contingente. La acción acabada debe ser la que haya causado la muerte, de modo que el delito debe haberse consumado, no ha podido quedar en grado de tentativa.

Realizada consulta al Departamento denominado “Español al día” de la Real Academia Española¹²³⁸, obtuvimos la siguiente respuesta:

“El futuro simple de subjuntivo enuncia el hecho como no acabado, y siempre contingente. En los textos del Siglo de Oro aparece normalmente en oraciones condicionales y en las temporales o de relativo equivalente a ellas. Por ejemplo: Si acaso enviudares (cosa que puede suceder) y con el cargo mejorares de consorte... (Cervantes: *Quijote*, II, 42). Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente (Ibíd.), Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción... muéstratele piadoso y clemente (Ibíd.).

El futuro imperfecto o simple del modo subjuntivo no se usa casi en la actualidad. En cuanto a la lengua literaria, dejó de usarse con frecuencia a finales del XVII, y durante los siglos XVIII y XIX fue menguando todavía más su empleo. Hoy en día se halla circunscrito al lenguaje jurídico y a construcciones tales como refranes y frases hechas (sea lo que fuere; venga de donde viniere; Donde estuvieres, haz lo que

1238 Como se explica en la página web de Real Academia Española, “el Departamento de «Español al día», formado por un equipo de filólogos, se creó en noviembre de 1998 —coincidiendo con la apertura de la primera página de la Real Academia Española en Internet— con el objetivo de ampliar y modernizar, aprovechando las posibilidades que ofrecen los medios electrónicos, el servicio de atención de consultas lingüísticas que la RAE ha venido recibiendo desde siempre por cauces más tradicionales, como el correo ordinario y el fax. Su cometido básico es resolver dudas de carácter lingüístico (ortográficas, léxicas y gramaticales) desde la perspectiva de la norma que regula hoy el uso culto del español”.

<http://www.rae.es/consultas-linguisticas/departamento-de-espanol-al-dia#sthash.p37A31uL.dpuf>

vieres), donde se ha fosilizado su empleo, así como a determinados contextos, sobre todo literarios, en los que se pretende conseguir un tono solemne o arcaizante. Este futuro simple se fue sustituyendo por las formas del presente de subjuntivo, que son las que proliferan en la actualidad: CAIGA, SEA, como se puede observar en los ejemplos siguientes: CAIGA QUIEN CAIGA, SEA CUAL SEA, frente a los arcaizantes CAIGA QUIEN CAYERE, SEA CUAL FUERE.

Por su parte, el futuro perfecto del modo subjuntivo expresa acción acabada y contingente. Se usa en la lengua clásica mucho menos que el futuro simple, en oraciones condicionales, temporales y de relativo. Por ejemplo: La gallina se morirá luego al día siguiente, después que las hubiere comido (Laguna, Dioscórides, VI, 36); En verdad te digo que de todo aquello que la mujer del juez recibiere, ha de dar cuenta el marido en la residencia universal, donde pagará con el cuatro tanto en la muerte las partidas de que no se hubiere hecho cargo en la vida (Cervantes: *Quijote*, II, 42). Ha desaparecido del habla coloquial moderna, y es muy raro su empleo literario. En textos legales pueden leerse ejemplos como el siguiente: Podrán exigir... si no hubiere obtenido el beneficio de pobreza, el abono de los derechos, honorarios e indemnizaciones... (Ley de Enjuiciamiento Criminal, tít. XI, art. 242).

Por todo lo expuesto, en la lengua general es más normal el uso del pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo (hubieran causado) antes que el uso del futuro compuesto de subjuntivo (hubieren causado) en el ejemplo propuesto: si hubieran causado.

Salvo que se trate, como usted mismo plantea, de un texto jurídico, en cuyo caso, pervive su empleo: si hubieren causado”.

La interpretación gramatical, que como hemos dicho debe primar tratándose de normas penales, por imperativo del principio de legalidad, no deja por tanto lugar a dudas: es necesario, para que se cumpla la premisa de la imprescriptibilidad, que se dé la condición de que el delito hubiere producido el resultado de la muerte de una persona.

No obstante, la conexión entre el ataque terrorista y tal resultado de muerte, en ocasiones aparecerá claro, pero otras veces, cuando el momento de la muerte difiera largo tiempo del ataque lesivo pudiendo concurrir en el intervalo otras causas, habrá que acudir a teorías tales como la de la imputación objetiva a fin de determinar si el ataque terrorista fue o no lo determinante de tal resultado de muerte como presupuesto para que resulte aplicable la regla de la imprescriptibilidad. Esto, en definitiva, requiere de una interpretación judicial, sin que pueda por tanto, a priori, considerarse prescrito el delito sin proceder a su enjuiciamiento, pues la presunción ha de ser la de imprescriptibilidad. Y ello, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado que para que sea estimable la prescripción del delito en fase de instrucción, es necesario que el transcurso del plazo de prescripción quede acreditado sin ningún género de dudas. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 517/2007, de 8 de junio, explica cómo deben aparecer los hechos para que la prescripción pueda apreciarse en fase de instrucción:

“Es admitida por todas las partes, y también doctrina reiterada de esta sala, la posibilidad de declarar la prescripción del delito, incluso de oficio, en cualquier momento del procedimiento, por tratarse de una cuestión de orden público sobre la que cabe pronunciarse tan pronto como consten en las actuaciones con la necesaria claridad los datos que pudieran justificar tal pronunciamiento.

Pero este no es el trámite normal para la resolución de estas cuestiones.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal la prescripción del delito aparece en el núm. 3º del art. 666 como uno de los llamados artículos de previo pronunciamiento, sometidos a un trámite de resolución anticipada a la celebración del juicio oral, de modo que, si se acuerda su desestimación, habrá de continuar la causa adelante, sin perjuicio de su ulterior reproducción en el plenario; mientras que en caso de estimación procede recurso de casación.

Todo ello conforme a los arts. 676 y 678 de tal Ley procesal, normas aplicables al procedimiento ordinario, porque en el abreviado estas cuestiones del art. 666 no tienen trámite previo al juicio oral para su resolución, sino que han de alegarse, ya en el seno del plenario, en su momento inicial, en el llamado turno de intervenciones del actual art. 786.2 LECrim.

Es excepcional, por tanto, esa resolución sobre la prescripción del delito en la forma anticipada que se adoptó en el caso presente. Y tal posibilidad excepcional solo cabe cuando el tema a resolver se presenta con la necesaria claridad, de modo que, si hay dudas fácticas al respecto, no es posible esa decisión que habrá de someterse entonces a la tramitación propia de los artículos de previo pronunciamiento, según acabamos de decir, o, en todo caso, como una cuestión más a debatir dentro del trámite del juicio oral y a resolver en sentencia”¹²³⁹.

Se reitera también en la citada Sentencia lo dicho en por Tribunal en Auto de 9 marzo 1998: *“Para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento, es necesario que la cuestión aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda alguna al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley, todo ello en consideración a la drástica eficacia, prevista en el art. 675 LECrim, consistente en que «se sobreseerá libremente, mandando que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa», es decir, la propia de una sentencia absolutoria”¹²⁴⁰.*

Asimismo, la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo será también aplicable cuando se trate de “autores intelectuales”, por su participación mediata en los delitos de terrorismo que hubieren producido el resultado de muerte. Como afirma la Audiencia Nacional en Sentencia de 27 de noviembre de 2013, suele ocurrir que existen autores mediatos que proporcionan a sus subordinados *“las instrucciones necesarias para llevar a cabo brutales atentados, facilitándoles armas, explosivos, dinero y todo el material necesario para “el éxito” de toda esa sin razón”,* son en definitiva *“los jefes que ni se manchan las manos de sangre, ni corren peligro alguno de ser detenidos”*, lo cual no impide, como en el caso señalado, que puedan ser condenados por los delitos terroristas en concepto de autores¹²⁴¹.

1239 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 517/2007 de 8 de junio (RJ 2007, 4746).

1240 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en Auto de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1779).

1241 Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), Caso Atentado terrorista contra concejal del PP en Sevilla y su esposa. Sentencia núm. 31/2013 de 27 de noviembre (ARP 2013, 1163).

3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

3.1. Sobre el criterio histórico en la interpretación de las normas

Aunque la ley, una vez promulgada, adquiere su propia personalidad, independiente de la supuesta voluntad del legislador (expresión la del legislador que no es sino una reducción simplificadora de la realidad) y por tanto sigue siendo válida aunque cambien las circunstancias históricas que rodearon su aprobación¹²⁴², el criterio de interpretación histórico no puede ser despreciado. Como afirmara TOMÁS Y VALIENTE, tristemente asesinado el 14 de febrero de 1996 en su despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid por un miembro de la banda terrorista ETA, “no hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”¹²⁴³.

A los antecedentes históricos y legislativos se refiere el art. 3 del Código Civil como criterio de interpretación de las normas. El estudio del elemento histórico consiste en traer a colación los antecedentes históricos y legislativos de su formación, para así entender mejor la norma. No obstante, para una profunda comprensión del precepto, se hace necesario tomar en consideración también el contexto jurídico y social en el que surge, así como su proceso de formación, pues carecería de sentido remontarse a antecedentes históricos más o menos remotos de otros supuestos de imprescriptibilidad y prescindir luego de las circunstancias concretas que rodean la aprobación de la norma jurídica en cuestión y que son las más determinantes en su génesis.

Por tanto, dentro de este apartado, y dado que ya me nos hemos referido en un capítulo anterior a otros supuestos de imprescriptibilidad tanto en las normas

1242 Tratándose de la ley, no cabe la aplicación del principio “rebus sic stantibus”, aplicable a los contratos y en virtud del cual se entiende que las estipulaciones en ellos establecidas lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, de modo que una alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones. El art. 2.2 del Código Civil, de aplicación supletoria a todas las ramas del ordenamiento jurídico (art. 4.3 CC), recoge esta idea diciendo que “Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

1243 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *Constitución: Escritos de introducción histórica*, editorial Clavero, Madrid, 1996, pág. 149.

internacionales como en el Derecho comparado y en el español, nos centraremos ahora en los antecedentes históricos más próximos al precepto interpretado, atendiendo al concreto contexto jurídico y social en el que surge y, en especial, a los trabajos parlamentarios.

En primer lugar, consideramos necesario destacar que la introducción en el Código Penal de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte se enmarca en el contexto de una tendencia al endurecimiento tanto de las condiciones objetivas para que opere la institución de la prescripción como del tratamiento jurídico que se da a los delitos de terrorismo.

En relación con el endurecimiento de las condiciones para que la prescripción pueda operar, es de observar cómo mediante la misma reforma que introduce en el Código Penal la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte¹²⁴⁴, la institución de la prescripción es sometida a una profunda revisión, de modo que, además de dar un nuevo tratamiento a la interrupción de los plazos, introduciendo también la posibilidad de su suspensión, la duración de dichos plazos se aumenta, dificultando por tanto la posibilidad de que los delitos prescriban. En cuanto a la concreta medida de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte así como de las penas impuestas por la comisión de estos delitos, cabe añadir que la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo considerados graves -y no sólo de los que hubieren causado la muerte de una persona- era una reivindicación constante de colectivos de víctimas que venía asumiendo especialmente el Partido Unión Progreso y Democracia, defendiendo la imprescriptibilidad de tales delitos tanto en el ámbito nacional como en el internacional¹²⁴⁵.

1244 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

1245 Además de la Proposición de Ley aquí estudiada que dio lugar a la regla de la imprescriptibilidad que recoge el Código Penal, puede mencionarse, en particular, la Proposición no de ley 161/001609 presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, sobre las actuaciones del Gobierno para ayudar a resolver más de 300 crímenes de ETA que siguen sin estar resueltos. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Serie D, Núm. 264, 30 de abril de 2013, Pág. 7. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-264.PDF

En el ámbito internacional, puede citarse el *Plan de Acción de la Unión Europea contra el terrorismo. Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo Europeo y al Consejo sobre el Plan de Acción de la Unión Europea contra el terrorismo* (2004/2214(INI)). 2\ 31/05/2005 - A6-

Como antecedentes legislativos a considerar para llevar a cabo la interpretación de las normas jurídicas, LARENZ se refería a “las actas de sesiones parlamentarias, las actas de las comisiones consultivas, la exposición de motivos del que presenta la moción o del proyecto gubernativo, los dictámenes a que se hace referencia en la exposición de motivos o en las deliberaciones. Allí donde no basten estas fuentes, la historia total del nacimiento de la ley debe servir para hacer posible extraer conclusiones sobre los motivos, sobre las esperanzas puestas y sobre las concretas representaciones sobre la norma –a inferir de estos motivos y esperanzas– de los autores de la ley”.

Sobre los trabajos parlamentarios señalaba a su vez NAWIASKY¹²⁴⁶, en su *Teoría General del Derecho*: “En los distintos preceptos particulares de que hay que valerse no aparece siempre totalmente claro lo que con ellos se quiere exactamente, sino que puede surgir acá y allá dudas que hay que resolver. Para saber lo que se quiere en ellos, hay que precisar por quién es querido, es decir, de quién es la voluntad que quiere. Sobre esto existen opiniones muy diferentes... Ante todo, es muy difícil conocer la voluntad del legislador subjetivo. Ordinariamente se trata de una pluralidad de personas. ¿Quisieron todas lo mismo o discreparon sus intenciones? ¿A qué hay que atenerse? Los testimonios son a menudo muy inseguros. Se acude a los llamados materiales legislativos, sobre todo las exposiciones sobre proyectos y las discusiones en los Cuerpos legisladores. Pero la fundamentación de los proyectos legislativos es obra de los Órganos ponentes, no de los decisores, y es frecuente que la decisión difiera de la propuesta. Ciertamente, los debates proporcionan datos, cuando han sido fijados por escrito; pero no siempre se sabe con seguridad el influjo que los discursos han ejercido sobre las decisiones. No existe un equivalente de la motivación de la sentencia judicial, que recoge el resultado de las deliberaciones”.

Naturalmente, estos trabajos preparatorios no son norma, aunque no puede negarse el valor de revelar la situación sociológica y política que rodea a las

0164/2005, del que fue Ponente D^a Rosa M. Díez González.

1246 NAWIASKY, HANS: *Teoría General del Derecho*, traducción de José Zafra Valverde, Rialp, Madrid, 1962, págs. 181 y 182. Citado por RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 34.

disposiciones legales¹²⁴⁷, máxime tratándose de normas en relación con el terrorismo, cuyo interés político, como se expuso, resulta innegable.

3.2 La Proposición de Ley

La regla de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte así como de las penas impuestas por estos delitos es el resultado de una Proposición de Ley de reforma del Código Penal planteada por el Grupo Parlamentario Mixto a instancia de la Diputada Doña Rosa María Díez González para la reforma del Código Penal¹²⁴⁸.

No obstante, en dicha proposición de ley se abogaba por que el Código estableciese la imprescriptibilidad de todos los delitos de terrorismo “graves”, de modo que el art. 131 CP quedase redactado en los siguientes términos: “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio, los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y los delitos graves de terrorismo, no prescribirán en ningún caso”. Y el art. 133 CP señalaría que “Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio, por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y por delitos graves de terrorismo, no prescribirán en ningún caso”. La amplitud del ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad se justificaba afirmando que el propio Código Penal y la doctrina jurisprudencial señalan con nitidez los criterios por los que esos delitos terroristas son considerados graves, de modo que se opta por una técnica legislativa sencilla, destinada a señalar con claridad el deseo de la sociedad española de rechazar radicalmente el terrorismo y ofrecer así su solidaridad a las víctimas del terrorismo.

Como antecedente, puede citarse el *Plan de Acción de la Unión Europea contra el terrorismo de 2005* –del que también fue ponente Doña Rosa María Díez González–,

1247 Cfr. RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pág. 114.

1248 Concretamente, la Proposición de Ley 122/000091 de reforma del Código Penal para declarar imprescriptibles los delitos graves del terrorismo (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Proposiciones de Ley, 30 de mayo de 2008, Núm. 109-1. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_109-01.PDF

mencionado en la misma proposición de ley que ya se instó a promover “la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo en los Estados miembros, expresando así la reprobación de la comunidad internacional, que considera que figuran entre los crímenes más graves y más inadmisibles contra la humanidad”¹²⁴⁹.

3.3. Críticas al precepto durante su tramitación parlamentaria

La reforma del Código Penal en este aspecto fue objeto de duras críticas por alguno de los Grupos Parlamentarios. No puede obviarse que, a menudo, tanto las propuestas legislativas como las enmiendas planteadas a éstas no obedecen a motivaciones estrictamente jurídicas, sino de conveniencia política, quizás formando parte de una estrategia política más amplia.

El Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds entendía que se trataba de una expresión de “derecho penal del enemigo”, y se preguntaba el porqué del trato discriminatorio respecto de otros delitos con idéntico resultado, como podría ser el asesinato, así como la causa de que no se incluyeran otros delitos igualmente execrables, como la violación, dentro de los supuestos de imprescriptibilidad¹²⁵⁰. Al respecto, cabe aludir al plus de gravedad de los delitos de terrorismo, por atacar a pluralidad de bienes jurídicos, como se expuso al estudiar su pluriofensividad. En cualquier caso, cabe señalar que, como indica el propio JAKOBS, inventor de este concepto, que una norma pueda considerarse expresión del denominado “Derecho penal del enemigo” no significa, de entrada, que deba considerarse una opción ilegítima¹²⁵¹.

1249 PARLAMENTO EUROPEO: *Plan de Acción de la Unión Europea contra el terrorismo. Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo Europeo y al Consejo sobre el Plan de Acción de la Unión Europea contra el terrorismo* (2004/2214(INI)). 2\ 31/05/2005 Ponente: Rosa M. Díez González - A6-0164/2005. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ta/p6_ta\(2005\)0219_/p6_ta\(2005\)0219_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ta/p6_ta(2005)0219_/p6_ta(2005)0219_es.pdf)

1250 Enmiendas e Índice de Enmiendas al articulado 121/000052 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de Las Cortes Generales Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 18 de marzo de 2010 Núm. 52-9, Enmiendas número 21, de modificación (pág. 14) y 226, de supresión (pág. 97). http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

1251 “En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales

La falta de fundamento que justifique que unos delitos prescriban y otros no fue también señalada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que fue el que más duramente criticó la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte. Así, el Sr. Olabarría Muñoz, Diputado por Álava, en nombre del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), sin mencionar expresamente que se refería a los delitos de terrorismo, exponía en el Congreso de los Diputados:

“Hay un delito que se declara imprescriptible ubicado en este Código Penal, vulnerando además instrumentos de derecho internacional público ratificados por el Estado español. Usted sabe que los únicos delitos que se pueden considerar imprescriptibles son los previstos en el Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre del año 1968, los delitos de genocidio y los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad; los delitos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 19 de julio de 1998, que son los mismos, y los delitos previstos en el Código Penal Internacional de 26 de junio de 2002. Solo estos son imprescriptibles. Ningún delito ordinario ubicado en un código penal ordinario puede establecer una excepción vinculada a la imprescriptibilidad de una conducta delictiva, por muy aberrante que esta conducta delictiva resulte. Intente forzar a que se ubique este delito que usted quiere que sea imprescriptible en estos instrumentos o en estas declaraciones internacionales, que lo ha dicho. Mientras no lo consiga, usted no puede declarar imprescriptible un delito y prescriptibles todos los demás, como le mandata la Constitución española, por cierto. Aquí se vulnera el principio de igualdad ante la ley entre otros”¹²⁵².

prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos”. JAKOBS, GÜNTHER: «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», traducido por MANUEL CANCIO MELIÁ en *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, pág. 55.

1252 Sesión plenaria núm. 137 celebrada el jueves 11 de marzo de 2010. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2010, IX Legislatura, Núm. 146, págs. 21 y 22.

Evidentemente, resulta peregrino y una limitación injustificada de la soberanía de España entender que únicamente pueden considerarse imprescriptibles los delitos respecto de los que así se haya previsto en los Tratados internacionales, como si la nación española no pudiese aprobar las leyes que considere oportuno.

Asimismo, se afirmó que en los delitos de genocidio, lesa humanidad y en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso armado (que ya habían sido anteriormente declarados imprescriptibles) se da “un evidente *“plus”* de gravedad como consecuencia de los resultados que se consuman con la realización de esas conductas. Es precisamente ese *“plus”* de gravedad objetiva el que interviene como elemento determinante a la hora de considerar imprescriptibles esta clase de delitos. Siendo esto así, no parece acorde al principio de proporcionalidad otorgar el carácter de imprescriptibles a los supuestos que se recogen en el proyecto de modificación del Código Penal, puesto que utilizando esos parámetros de valoración bien pudieran engrosar el listado de delitos imprescriptibles otras muchas conductas no contempladas en el proyecto de reforma de las que pueden derivarse resultados, al menos, tan graves como los referidos en el proyecto de reforma para los casos de terrorismo”¹²⁵³.

Pero como puede observarse, precisamente con esta crítica, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) vino a esbozar el argumento que desmonta su propia posición. Esto es, la necesidad de aplicación rigurosa de la pena, evitando la posibilidad de prescripción, cuando el delito cometido presente un “plus de gravedad”, que entienden que concurre en la comisión de delitos de genocidio y de lesa humanidad pero, inexplicablemente, no en los de terrorismo cuando se mate a personas. Por lo que afecta a los intereses directos de España, desde el punto de vista cualitativo, no tiene sentido negar que los resultados del terrorismo, sobre todo cuando se producen en nuestro territorio o en el de países de nuestro entorno, especialmente pertenecientes a la Unión Europea, producen mayor trastorno que los crímenes clásicos de Derecho internacional que puedan cometerse a miles de kilómetros. Cuantitativamente, la

1253 Enmiendas número 97, de supresión, y 117, de supresión, presentadas por Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV). Enmiendas e Índice de Enmiendas al articulado 121/000052 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de Las Cortes Generales Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 18 de marzo de 2010 Núm. 52-9, págs. 43 y 49. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

realidad demuestra además que los ataques terroristas, sobre todo los de corte yihadista, tienden a provocar el mayor número posible de víctimas.

También se denunció por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que “La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo se cohonestaba mal con los valores constitucionales que subyacen al instituto de la prescripción como mecanismo orientado a salvaguardar la seguridad jurídica y a aliviar a los ciudadanos del peso de la ilimitación temporal de la reacción punitiva en el Estado¹²⁵⁴”.

Al respecto, se estudiará en el apartado correspondiente la constitucionalidad de la previsión de imprescriptibilidad de determinados delitos en nuestro Derecho, en relación también con el principio de igualdad, y en especial la constitucionalidad de la norma que prevé la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, si bien cabe adelantar que la misma tiene plena cabida en nuestro ordenamiento jurídico y no viola el principio constitucional de igualdad.

4. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Desde IHERING, es sabido que toda norma es promulgada con una finalidad. El fin es el elemento central del Derecho, que habrá de servir para resolver un conflicto de intereses, alcanzando unos fines y realizando unos valores determinados.

En el caso que nos ocupa, los intereses contrapuestos serían por un lado el del Estado en perseguir y castigar a los culpables con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la comisión del homicidio o asesinato terrorista y por otro lado el del terrorista en no ser juzgado por razón del tiempo transcurrido desde que cometió el crimen. En relación con el interés del Estado, no cabe obviar el interés de las víctimas del terrorismo y el de toda la sociedad en conjunto en el esclarecimiento de los hechos. También se pretende poner fin a situaciones reconocidas como injustas en las que estos delitos prescriben, quedando sus autores sin pena.

1254 Enmienda número 3, Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), a la totalidad. Enmiendas e Índice de Enmiendas al articulado 121/000052 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de Las Cortes Generales Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 18 de marzo de 2010 Núm. 52-9, pág. 3. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

El principio de la llamada ponderación de intereses, como señala Kelsen, en *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho* no es más que una formulación, no una solución del problema, pues no da la medida objetiva con arreglo a la cual pudieran ser comparados los intereses contrapuestos y resueltos los conflictos entre los mismos”. A lo que añade GARCÍA MAYNEZ que se podrá discutir cuál de todas las soluciones posibles es más justa; pero esta discusión queda fuera del ámbito de la ciencia jurídica y corresponde al de la política del derecho¹²⁵⁵. Realizado este apunte, no obstante, al ponderar los intereses en conflicto en la norma que nos ocupa, a estas alturas de nuestro trabajo y teniendo en especial consideración las particularidades descritas en relación con los delitos de terrorismo y las características típicas de la personalidad de los terroristas, lo cierto es que no se encuentran argumentos en favor de que tales delitos puedan prescribir.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 señala como fin de la norma el cumplimiento de los fines de la pena. Volviendo por tanto a la Exposición de Motivos de la norma como criterio interpretativo de la misma, y teniendo asimismo, como se expuso al tratar sobre los fundamentos de la prescripción, que ésta ha sido tradicionalmente justificada por la doctrina en base a la falta de necesidad de aplicación de la pena para cumplimiento de sus fines, la interpretación teleológica es la que se presenta con un mayor peso.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 alude a la existencia, en todo caso, de una necesidad de pena en los casos de delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. Se justifica la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte argumentando que *“el fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado”*¹²⁵⁶. Vista esta afirmación, puede

1255 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 300. El mexicano se muestra en general, crítico con las posturas del jefe de la Escuela de Viena sobre la interpretación de los textos legales, pues la interpretación debe tener en cuenta, como expone GARCÍA MAYNEZ, los principios axiológicos inspiradores del sistema al que pertenece el precepto, cosa que parece obviar Kelsen al referirse al margen creador del juez al interpretar y aplicar la norma concreta dentro del “marco” ofrecido por texto legal.

1256 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

afirmarse *a contrario sensu* que, cuando se trate de delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona, la imposición de la pena siempre será necesaria, a juicio del legislador. El fin que se propone la norma examinada es, por tanto, que la pena sea impuesta en todo caso, por lo que, a fin de no ser reiterativos, nos remitimos aquí a lo ya expuesto en relación con los fines de la pena, cuando se trató tal cuestión como fundamento de la prescripción o imprescriptibilidad de los delitos.

5. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

5.1. Sobre el criterio de interpretación sistemática

Como explica LOIS ESTÉVEZ, “el ordenamiento positivo, considerado externamente, se compone de una serie de proposiciones, articuladas unas con otras. Como todo el sistema jurídico es un organismo unitario, cada proposición aislada no puede tener un sentido completo, autártico, sino que ha de depender y deberse al conjunto”¹²⁵⁷. Por ello, afirmaba JIMÉNEZ DE ASÚA que “cuando el científico o el juez tratan de interpretar una ley, no pueden ceñirse a los escuetos preceptos de ella, que a menudo son los únicos que contempló el legislador, sino que han de armonizarse con el conjunto del ordenamiento jurídico del país”¹²⁵⁸. Y es que en ocasiones se olvida que el texto que el consultor o el juez tratan de entender, para aplicarlo, no existe aislado, ni da expresión a una norma única, sino que forma parte de un sistema normativo y se halla en conexión con los demás preceptos del mismo. Como explica GARCÍA MAYNEZ, “esto quiere decir que las exigencias de *unidad e interna congruencia*, válidas para cualquier ordenamiento, reclaman una interpretación *contextual*, no puramente textual de las expresiones jurídicas”¹²⁵⁹.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

1257 LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», Anuario de Filosofía del Derecho, ISSN 0518-0872, N° 4, 1956, págs. 159-182.

1258 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 413-414.

1259 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, págs. 295 y 296.

Explica también GARCÍA MAYNEZ que al llevar a cabo la interpretación siguiendo este criterio, “si se admite que el encargado de aplicar preceptos generales y abstractos puede descubrir en las formas de expresión usadas por los creadores de derecho varios significados normativos, resulta obvio que ha de elegir el más correcto entre los posibles, ya que no puede aplicarlos todos. El problema se reduce entonces a determinar cuál resuelve, de modo más perfecto, dentro del contexto normativo de cada institución, el caso que se estudia. Al decir esto formulamos dos exigencias: una de orden lógico y la otra axiológica. La primera deriva del principio de la interpretación contextual (o del texto por el contexto); la segunda tiene como pauta, para el descubrimiento de la solución óptima para cada situación, los principios axiológicos inspiradores del sistema a que pertenece el precepto rector del caso. *La mejor interpretación será aquella que, sin violentar el sentido contextual de la expresión interpretada, realice en mayor medida, en lo que a la especie respeta, esos supremos principios*”¹²⁶⁰.

Finalmente, para concluir esta introducción, puede señalarse que, para WELZEL, existen unas estructuras lógico-objetivas que dadas de antemano al legislador y que fijan los límites de su actividad creadora. Son materiales u objetivas porque una vez conocidas existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior. Y son lógicas porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico. La ciencia jurídica tiene que elaborar en la materia jurídica aquellas estructuras que están dadas de antemano al legislador, que éste debe tener presente al crear el derecho. Según WELZEL, la superación del positivismo no se encuentra por tanto en la remisión a un derecho “suprapositivo”, sino en la elaboración de aquellas estructuras lógico-objetivas insertas en la materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva¹²⁶¹.

Pues bien, desde la perspectiva de la sistemática del ordenamiento jurídico, la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte plantea a nuestro juicio tres problemas fundamentales:

1260 GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 303.

1261 WELZEL, HANS: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3ª edición, Göttingen, 1960, págs. 197 y ss., en cita de GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: «La naturaleza de la cosa», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

El primero es la propia definición de los “delitos de terrorismo”, de la que hay que partir para delimitar adecuadamente el ámbito de aplicación del precepto. A la delimitación del concepto jurídico del terrorismo ya hemos dedicado el primer capítulo de este trabajo.

El segundo es el relativo a la posibilidad de aplicación retroactiva o no de la norma, que se tratará en el apartado correspondiente al estudio de la constitucionalidad de las normas sobre imprescriptibilidad en general y la que nos ocupa en particular, dada la conexión de tal materia con el principio constitucional de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE).

El tercero y al que nos referiremos aquí es el relativo a la posible absorción por los delitos de terrorismo de otros de menor gravedad que se consideren conexos.

El art. 131.4 del Código Penal tras la reforma de 2010 (hoy art. 131.4), establece que “En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”.

Como advierte HERNÁNDEZ GARCÍA, comentarista de la reforma de 2010, la solución es razonable cuando la razón de conexión es sustantiva, eso es, cuando se basa en razones concursales mediales o ideales en las que quepa identificar detrás de la complejidad delictiva una cierta unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo materia. En estos casos, medir el plazo de prescripción atendiendo a la infracción más grave permite que la respuesta del tribunal aborde la totalidad de la realidad delictiva, objeto de acusación, individualizando de forma coherente los planos de antijuridicidad, culpabilidad y gravedad de los hechos justiciables, observados desde su complejidad¹²⁶². Pero como también señala este autor, la regla presenta dificultades tanto de tipo axiológico como normativo cuando el criterio de conexión es meramente procesal, como por ejemplo, en supuestos de concurso real en atención a que los mismos son ejecutados por la misma persona –supuesto del art. 17.5º LECrim–. En estos casos, en los que no cabe identificar relaciones internas de tipo normativo de producción contingente entre las diversas acciones, ni tan siquiera, posibilidades de tratamiento continuado en los términos del art. 74 CP, no se da razón alguna que

1262 HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER: «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las faltas», en *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios* (director Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, 2010, págs. 121 y ss.

justifique el tratamiento unitario de los diferentes plazos prescriptivos de los tipos en dicha relación concursal. Criterio de conexión procesal que se ha venido interpretado de forma extensiva, precisamente en beneficio del reo. La aplicación de la nueva fórmula de cómputo a estos supuestos obligaría a reformular la oportunidad de aplicación del art. 17.5ª LECrim, en detrimento de la fórmula de unidad procesal de objeto que se contempla en el art. 300 LECrim.

5.2. Imprescriptibilidad de otros delitos por conexión

El legislador ha aprovechado la reforma del Código Penal de 2010 para recoger en el Código Penal, en materia de prescripción, el criterio que pacíficamente se venía admitiendo en la jurisprudencia y que señalaba que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de forma que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1026/2009 de 16 de octubre se afirma que *“en la hipótesis de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un medio para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquéllas que se estimasen previamente prescritas y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal”*¹²⁶³.

1263 Como ejemplo, puede citarse la Sentencia núm. 1026/2009 de 16 de octubre del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Caso Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid S.A.) (RJ 2009, 5994).

En la misma Sentencia, se señala también que, “Como destaca la STS 29-7-98 (RJ 1998, 5855), las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable a supuestos de mera conexidad procesal (SS 1247/2002 de 3-7 (RJ 2002, 8064); 1242/2005 de 3-10 (RJ 2006, 3328); 1182/2006 de 29-11 (RJ 2007, 250) y 600/2007 de 11-9 (RJ 2007, 5374))”. Esta idea se desarrolla en el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia núm. 1026/2009 de 16 de octubre, donde se explica que junto a las hipótesis de concurso ideal o medial de delitos (art. 77 del Código Penal) la doctrina del Tribunal Supremo incluye con igual régimen jurídico los supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, en cuyas situaciones la prescripción debe entenderse de modo conjunto mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Se suman pues, a los supuestos del art. 77 del Código Penal, los casos de conexidad, pero no entendida en sentido o acepción procesal (art. 17 LECrim), sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17-5 LECrim) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un sólo proceso.

Pueden incluirse dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción:

- a) Concurso ideal de delitos (art. 77 del Código Penal).
- b) Concurso medial o instrumental (art. 77 del Código Penal y 17.3 LECrim).
- c) Comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17-4 LECrim).
- d) Conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal (conexión material: art. 17-1º, 2º y 5º LECrim).

Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17-5 LECrim) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la

prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente”¹²⁶⁴.

¹²⁶⁴ Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), (Caso Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid S.A.), Sentencia núm. 1026/2009 de 16 de octubre (RJ 2009, 5994).

Así, la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de modificación del Código Penal, añadió un punto 5º al art. 131 CP (hoy, tras la reforma mediante Ley Orgánica 1/2015, art. 131.4) según el cual “en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”.

Aunque entre el concurso de infracciones y las infracciones conexas existen puntos de confluencia que como se verá responden en definitiva al plan criminal del autor, a efectos expositivos, se gana en claridad estudiando separadamente estos dos supuestos.

Por “concurso de infracciones”, el Tribunal Supremo venía entendiendo “concurso medial de delitos”, regulado en el art. 77 CP¹²⁶⁵, también modificado por la Ley Orgánica 1/2015¹²⁶⁶. Afirmaba la jurisprudencia que la prescripción de cualquiera de los delitos cometidos en concurso real no podía apreciarse si no había prescrito el delito más grave¹²⁶⁷, pues se sostenía que *“el tiempo legal de la prescripción hay que computarlo sobre el delito más grave que impide la prescripción de los menos graves e instrumentales cometido para alcanzar éste”*¹²⁶⁸ y por eso, cuando se trataba de infracciones vinculadas, como por ejemplo en el caso de que las falsedades que sean sólo concebibles en función de ulteriores defraudaciones, se decía que *“no cabe*

1265 Dispone el mencionado art. 77 CP, tras su reforma mediante Ley Orgánica 1/2015, que

“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores (relativos al orden de cumplimiento de las penas según su gravedad el art. 75 CP y al límite máximo de cumplimiento el art. 76 CP) no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

1266 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

1267 Así en Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Caso Secuestro GAL. Sentencia núm. 2/1998 de 29 de julio (RJ 1998, 5855).

1268 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 493/2008 de 9 de julio (RJ 2008, 3380).

apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal”¹²⁶⁹.

La reforma del Código de 2010, pese a recoger en el texto de la ley el mencionado criterio del Tribunal Supremo, no concretó sin embargo si esta regla debía aplicarse sólo al concurso ideal y medial –que era el criterio seguido por la jurisprudencia– o si debe extenderse también a los supuestos de concurso real de delitos. Para RAGUÉS I VALLÉS, la idea de la unidad del hecho parece de entrada excluir la posibilidad de su aplicación al concurso real, con excepción de aquellos supuestos de concurso real que puedan tener cabida en ciertas situaciones de conexidad delictiva¹²⁷⁰. Esta interpretación parece la más adecuada, pues es la que mejor encaja con los antecedentes jurisprudenciales que se han querido plasmar en la norma.

Pero, efectivamente, la norma recogida en el art. 131.4 CP (hoy 131.3 párrafo segundo CP) tiene un alcance mayor que los antecedentes jurisprudenciales mencionados. La consideración global del plan criminal del autor como una unidad a efectos prescriptivos obliga también a considerar conexos, a efectos de la prescripción conforme a este precepto, los delitos cometidos en concurso real cuando uno sirva para procurar la impunidad de otro, y precisamente ésta es la 4ª regla de conexión que recoge el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En general, esto es, sin limitación al ámbito de los delitos de terrorismo, podría darse incluso el caso de que el delito cometido para procurar la impunidad de otro fuese más grave que el que se pretende ocultar. Por ejemplo, que mediante amenazas graves u otros delitos se pretenda evitar que la víctima denuncie un delito anterior de escasa gravedad, como un hurto. Con el nuevo art. 131.4 (hoy 131.3 párrafo segundo) no hay lugar a dudas: el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave. De esta manera, se consigue indirectamente no sólo que no prescriban los delitos incidentales mientras no prescriba el principal según el plan del autor, sino también que mientras el autor mantenga, con la

1269 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Sentencia núm. 570/2008 de 30 de septiembre (RJ 2008, 6086, con cita de las SSTs 1247/2002 de 3 de julio (RJ 2002, 8064), y 29 de julio de 1998 (RJ 1998, 5855), donde se indica que las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuesto de mera conexidad procesal.

1270 En este mismo sentido se pronuncia RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: «La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida», en *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma* (Dir. Jesús-María Silva Sánchez, Coord. Nuria Pastor Muñoz), La Ley, Madrid, 2012, págs. 219-242 (228).

comisión de otro delito, una situación antijurídica que impida la denuncia de otro anterior, éste, aunque sea menos grave, no puede prescribir.

Centrémonos ahora en las infracciones conexas. Por infracciones conexas, habrá que entender aquellas entre las que exista alguno de los vínculos señalados en el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁷¹. Con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010, el Tribunal Supremo venía aceptando la aplicación de un plazo de prescripción único cuando existiera una conexidad material pero no meramente procesal, esto es, cuando tal conexión derivara de una realidad global proyectada por el autor o autores del delito¹²⁷². Se consideraba que los delitos conexos, a efectos de la

1271 El art. 17 LECrim, tras su reforma mediante Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, establece lo siguiente:

“1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”.

Debe tenerse en cuenta además que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo además un art. 17 bis que establece que “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley”.

1272 Cfr. en este sentido, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), Caso Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid S.A., Sentencia núm. 1026/2009 de 16 de octubre (RJ 2009, 5994): “*Junto a las hipótesis de concurso ideal o medial de delitos (art. 77 C.Penal) la doctrina de esta Sala incluye con igual régimen jurídico -como acabamos de apuntar- los supuestos en que se hace*

prescripción, debían ser considerados como un todo, como una unidad, pues se trata de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no podía aplicarse la prescripción por separado, de forma que había que estar a la pena prevista para el delito principal, y mientras éste no prescribiera, no podían entenderse prescritos los llamados delitos subordinados¹²⁷³.

Lo cierto es que la redacción del art. 131.4 CP (hoy 131.3 párrafo segundo CP) no distingue entre infracciones conexas por razón material o por razón procesal. Pero nuevamente, a la vista de los antecedentes jurisprudenciales, nada se opone a que se mantenga la interpretación seguida hasta el momento, que en cualquier caso será además la más favorable para el reo. En apoyo de esta tesis, puede alegarse que el mencionado artículo del Código Penal no se remite expresamente al art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es muy anterior al Código Penal vigente¹²⁷⁴ y

imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, en cuyas situaciones la prescripción debe entenderse de modo conjunto mientras no prescriba el delito más grave o principal. Se suman pues a los supuestos del art. 77 del C.Penal, los casos de conexidad, pero, como tenemos dicho, no entendida en sentido o acepción procesal (art. 17 L.E.Cr.), sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17-5º L.E.Cr.) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un sólo proceso. Podemos incluir dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción: a) Concurso ideal de delitos (art. 77 C.Penal). b) Concurso medial o instrumental (art. 77 C.Penal y 17.3 L.E.Cr.). c) Comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17-4 L.E.Cr.). d) Conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal (conexión material: art. 17-1º, 2º y 5º L.E.Cr.). Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17-5º L.E.Cr.) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente”.

1273 Este criterio ha sido el seguido por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en Sentencia núm. 28/2007 de 23 de enero (RJ 2007, 1166), sobre falsedad en concurso medial con estafa. En sentido similar, las Sentencias núm. 1590/2003 de 22 de abril (RJ 2005, 1415) y núm. 1016/2005 de 12 de septiembre (RJ 2005, 7191), esta última con cita de otras. Lo mismo se había declarado respecto del concurso medial en Sentencia núm. 627/2009, de 14 de mayo (RJ 2009, 4482) que señala que “*en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad íntimamente cohesionada de modo material, supuesto de delitos instrumentales, se ha planteado el problema de la prescripción separada, que podría conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de la que se estimase previamente prescrita y que resulte imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario, de forma que en estos casos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, no siendo posible apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal (por todas STS 570/08, de 30 de septiembre [RJ 2008, 6086])*”.

1274 Concretamente la redacción actual de este artículo se debe a la Ley 3/1967, 8 abril («B.O.E.» 11 abril), por la que se modifican determinados artículos del Código Penal entonces vigente y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien en 2004, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo añadió un art. 17 bis, que establece que “La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley”. En cualquier caso, son explicables las

que es el que en su apartado 5º contenía una cláusula de cierre que deja al criterio del Tribunal la apreciación de conexión, al poder enjuiciarse conjuntamente delitos que guarden “analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados” (hoy, tras reforma de la LECrim por Ley Orgánica 41/2015, art. 17.3 según el cual 3. “Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”).

Cabe apuntar, en primer lugar, que los términos “analogía o relación entre sí a juicio del tribunal”, no significan lo mismo que el término “infracciones conexas” empleado en el Código Penal. Precisamente, la ubicación del precepto en el Código sustantivo puede servir de apoyo para entender que cuando aquí se habla de “infracciones conexas” se está haciendo referencia a una conexidad material, a infracciones que desde el momento de su comisión tienen una conexión entre sí por haber sido concebidas así por el delincuente, que perseguía una determinada finalidad que por lo tanto es material, y no a una mera conexión procesal que responda a la conveniencia del tribunal que decida sobre la acumulación de autos sin que en la mente del delincuente haya existido ningún enlace entre las distintas acciones. Claro que esta idea puede matizarse hasta el punto de dejar de ser aplicable tratándose de delitos de terrorismo, donde la finalidad de orden político perseguida en última instancia así como el elemento permanente estructural o de conexión del terrorista con la organización permiten vincular entre sí las distintas acciones delictivas, pues en definitiva todas irán orientadas a la consecución del fin político.

Pero además, lo habitual es que la cláusula de conexión meramente procesal se venga empleando también en beneficio del reo y, en el caso que nos ocupa, lo que le beneficia es que las infracciones puedan prescribir por separado, situación que se favorece excluyendo la posibilidad de aplicar el art. 131.4 CP (hoy art. 131.3 párrafo segundo CP) a los supuestos de conexión procesal previstos en el art. 17 LECrim. Debe

posibles discordancias entre lo dispuesto en este artículo desde 1967 y lo que establecerá luego el Código Penal de 1995.

tenerse en cuenta que, en la práctica penal, esta acumulación suele ser pedida por las defensas en el caso de delincuentes sin antecedentes penales pero que, debido al retraso de la Administración de Justicia en la tramitación de las causas y a las distintas normas que rigen en materia de competencia territorial por razón del delito de que se trate (por ejemplo en materia de violencia de género)¹²⁷⁵, se encuentran con que existen dos o más procesos incoados en distintos juzgados y respecto de ninguno se ha abierto juicio oral. En estos casos, precisamente en beneficio del reo, es habitual que su Abogado pida y que se le conceda la acumulación de los procesos con la finalidad de que, en caso de recaer sentencia condenatoria, pueda obtenerse el beneficio de suspensión de la pena al carecer el condenado de antecedentes penales, siempre que, naturalmente, cumpla con el resto de requisitos de los arts. 80 y ss. CP. Claro que en este caso, el posible beneficio no es sólo para el reo, pues también los tribunales ven así aligerada de forma instantánea su carga de trabajo y además se evitan sentencias contradictorias que puedan dar lugar a ulteriores recursos.

Finalmente, al hilo de estas apreciaciones, es de destacar cómo la imprescriptibilidad de determinados delitos, como los de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, actúa como centro de atracción de todos los demás que puedan considerarse conexos a ellos, que de este modo también pasan a ser imprescriptibles.

Asimismo, en atención a que el elemento estructural consistente en la organización o grupo terrorista sirve como centro de imputación de delitos, que permite, como se ha dicho, incluso la interrupción de la prescripción, los delitos conexos no tienen por qué ser atribuidos todos al mismo autor, sino que pueden imputarse distintos delitos terroristas a distintas personas y aun así podría resultar aplicable -por extensión y en atención al criterio de “unidad de hecho”-, la regla de la imprescriptibilidad cuando el delito menos grave, que no hubiera producido directamente la muerte de una persona, hubiese sido sin embargo necesario para cometer el mortal (vigilancia y seguimiento, suministro de armas, etc.), de conformidad con el art. 77 CP, puesto en relación con el art. 131.3 párrafo segundo CP.

¹²⁷⁵ Suele ocurrir en materia de violencia de género en conexión con violencia doméstica, impago de pensiones cuya tramitación penal quizás derive de un previo proceso civil, etc. Aunque pueda haber una continuidad delictiva, muchas veces no existe, en puridad, un plan preconcebido del autor que permita encajar los hechos en alguno de los supuestos de conexidad material del art. 17 LECrim.

5.3. Valoración de la norma desde el punto de vista de la lucha policial contra el terrorismo

Por último, cabe hacer una breve reflexión desde el punto de vista de la lucha policial contra el terrorismo. El principio de legalidad impone que toda investigación deba llevarse a cabo dentro de un proceso penal dirigido contra persona determinada. Y la apreciación de la prescripción de los delitos supone la finalización del proceso penal en el estado en que se halle¹²⁷⁶. Por eso, la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, además de los fines expuestos, puede servir para dar plena cobertura legal a investigaciones judiciales por mucho tiempo que haya transcurrido desde la comisión del delito, lo que permitirá la práctica de interrogatorios, el comiso de los efectos¹²⁷⁷, etc.

Como señala RODRÍGUEZ RAMOS¹²⁷⁸ cómo “el terrorismo se viene desarrollando en el ámbito de la criminalidad organizada, con notables medios económicos y expresas o tácitas vinculaciones políticas y sociales, circunstancias que convierten la prevención y la represión de esta lacra en dos caras de la misma moneda,

1276 Aunque el modo de estimar la existencia de prescripción en el proceso es el regulado en los arts. 666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la jurisprudencia reconoce a la prescripción naturaleza sustantiva en cuanto que produce la extinción de la responsabilidad criminal sin requerir para ello ninguna exigencia de carácter procesal, sino solamente la inexistencia de trámite de la causa penal durante los plazos señalados en la ley antes de sentencia firme, y tratándose de una cuestión de orden público, puede alegarse en cualquier estado del procedimiento, y hasta declararse de oficio. En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1992, nº 2661/1992, citando la Sentencia de 28 de junio de 1988. También puede citarse la STS 224/2002, de 12 febrero, que señala que “la institución de la prescripción, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida largamente por la doctrina, constituye una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal por el transcurso del tiempo, bien a partir de la comisión del hecho delictivo de que se trate hasta la iniciación del correspondiente procedimiento bien por la paralización de éste, durante el periodo de tiempo legalmente establecido que varía en función de las penas con que el Código Penal castiga los correspondientes delitos, y tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reiterada y pacífica doctrina de este Alto Tribunal, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan”.

1277 Señalaba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 cómo “se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo”. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

1278 RODRÍGUEZ RAMOS, JUAN en el Prólogo de MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Centro de Estudios Financieros, 2005, pág. 7.

pues al detener y juzgar a miembros de la asociación ilícita (terrorista, banda armada), descubriendo sus locales y ocupando documentación, armas, explosivos y dinero, no sólo se acumulan pruebas para imputar a los autores y partícipes de delitos pasados, incluida la mera pertenencia a la asociación ilícita o criminal, sino que se evitan actos futuros de naturaleza terrorista, dándose además pasos hacia la desarticulación final de la organización”.

En efecto, la estructura permanente y organizada de los grupos terroristas, así como la continuidad en el tiempo de sus operaciones puede ser también un argumento en favor de la conveniencia de considerar imprescriptibles estos delitos, dándoles un tratamiento diferenciado del resto. El italiano DONINI¹²⁷⁹ reflexiona, en general, sobre los delitos asociativos, observando que “cuando uno de estos fenómenos, de hecho, llega a juicio, todavía sigue su curso y amenaza con continuar a serlo por mucho tiempo, a diferencia de los casos del todo ordinarios donde el hecho-delito es una cosa pasada, concluida al tiempo del juicio”.

Esta última apreciación es de todo punto aplicable a los delitos de terrorismo, si bien debe advertirse que con la redacción literal del art. 130.4 CP, será necesario que hubieren producido la muerte de alguna persona. Con la declaración de imprescriptibilidad de estas medidas, el Estado de Derecho se dota, en cierto modo, de las mismas armas que los terroristas, cuya lucha no termina tras la comisión de un atentado, no desistirá por lo general de sus objetivos, pues el homicidio o asesinato no es sino un medio para conseguir otro objetivo.

Aunque debe tenerse en cuenta que en todo caso será necesario que el procedimiento se dirija contra persona concreta que se halle viva, pues con su muerte se extinguirá la responsabilidad penal (art. 130.1 CP). Y que estos delitos ya tenían asignado un plazo de prescripción de 20 años, que parece lo suficientemente amplio como para lograr estas finalidades. No obstante, se han dado casos en los que asesinatos

1279 DONINI, MASSIMO: «Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar», Traducción de PABLO GUÉREZ TRICARICO, en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, coordinado por MANUEL CANCIO MELIÁ y LAURA POZUELO PÉREZ, pág. 39.

terroristas han prescrito por haber transcurrido este lapso de tiempo desde su comisión¹²⁸⁰.

6. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

6.1. La Constitución como canon interpretativo

El valor de la Constitución como canon interpretativo de toda norma jurídica se desprende claramente de los conceptos de supremacía material y formal del texto constitucional sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico, señalada en el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En relación con el objeto de nuestro trabajo, la primera cuestión a resolver es si la imprescriptibilidad de determinados delitos -como son los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona- es admisible desde el punto de vista constitucional. Para ello, además de que no exista oposición entre tal medida legislativa y el contenido de artículos concretos del Texto constitucional, se hace necesario considerar también papel determinante de los valores que el art. 1 de la Constitución reconoce como valores superiores del ordenamiento jurídico. Podemos destacar en primer lugar la idea de justicia que, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, “*es uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho*”¹²⁸¹. Pero también la dignidad de la persona, recogida en el art. 10 de la Constitución, que establece, con cierto estilo pedagógico, que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le

1280 Así, en noviembre de 2009, la Audiencia Nacional acordó el sobreseimiento libre de la causa que instruía contra José Antonio Zurutuza, alias "Capullo" por el asesinato de José María Latiegui Balmaseda, director de la empresa Moulinex, asesinado por ETA el 14 de abril de 1981 en Usurbil (Guipúzcoa), al considerar que había transcurrido el plazo de prescripción de 20 años contemplado en el Código Penal de 1973, vigente en el momento en que se produjeron los hechos.

1281 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 105/1994 de 11 de abril (RTC 1994, 105).

son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

MIR PUIG afirma que todo Derecho Penal responde a una determinada Política criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde, de modo que la política criminal entronca directamente con los principios de organización política que, en los Estados constitucionales tienen asentados sus principios en la propia Constitución¹²⁸². En este sentido, cabe tener en cuenta otros preceptos de la Constitución que condicionan las características del Derecho penal del Estado:

- El respeto de la proporcionalidad de las penas, como se desprende del art 15 CE, sin que además las mismas puedan ser inhumanas ni degradantes, estando asimismo prohibida la pena de muerte.
- El Derecho penal no debe ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología, como se desprendería del art. 16 CE, relativo a la libertad ideológica, religiosa y de culto.
- Las penas no pueden alcanzar sino al culpable por su propia acción, al tener toda persona derecho a la libertad y la seguridad, conforme al art. 17.1 CE, sin que pueda nadie ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en propio artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley¹²⁸³.

Cabe destacar, no obstante, que aunque la Constitución recoja diversos preceptos penales o preceptos que indirectamente determinadas marcan directrices que el sistema penal ha de seguir, en el Texto constitucional no se tratan profusamente materias de Derecho penal. Tampoco se concretan aspectos como el relativo a la posibilidad o no de prescripción de los delitos que, como se verá, se deja en manos del legislador ordinario, esto es, no constitucional.

1282 MIR PUIG, SANTIAGO: «Constitución, Derecho Penal y Globalización», en *Nuevas Tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, dirigido por SANTIAGO MIR PUIG y MIRENTXU CORDOY BIDASOLO, Coord. VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, Editorial Reus, Madrid 2006. También publicado en Argentina y Uruguay, pág. 116.

1283 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO: «Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal», Madrid, Colex, 1997, pág. 89; Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 229.

6.2. Constitución y prescripción de los delitos

En efecto, la Constitución no impone la posibilidad de que los delitos puedan prescribir. No recoge expresamente ninguna previsión relativa a la prescripción o la imprescriptibilidad y, aunque en la prescripción del delito confluyen ciertamente aspectos que entroncan con principios y derechos constitucionales, lo cierto es que de ningún principio ni derecho constitucionalmente reconocido deriva la obligatoriedad de reconocer la posibilidad de prescripción para todos los delitos.

Por ello, puede afirmarse que la opción de establecer o no la imprescriptibilidad de algunos de ellos - como son los delitos de terrorismo con resultado de muerte - es una medida que queda en manos del legislador ordinario, es decir, no constitucional. De este modo, la prescripción del delito se regula en el Código Penal, que puede ser modificado (eso sí, mediante Ley Orgánica) por el legislador según su criterio.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que el legislador, atendiendo a los principios de política criminal que considere oportunos, podrá establecer la existencia o no de la prescripción penal en el ordenamiento jurídico y, en su caso, fijar los requisitos legales para que pueda estimarse. De este modo, se ha establecido el carácter de legalidad ordinaria que reviste lo relativo a la prescripción de los delitos¹²⁸⁴, y se ha insistido en que, en consecuencia, se trata de una institución de libre configuración

1284 Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 195/2009 de 28 de septiembre (RTC 2009, 195): “*Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 63], F. 7; 63/2005, de 14 de marzo [RTC 2005, 63], F. 2; 82/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 82], F. 10; 79/2008, de 14 de julio [RTC 2008, 79] , F. 2). Y ello porque, como afirmamos en la STC 157/1990, de 18 de octubre (RTC 1990, 157), F. 3, y recordábamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, F. 2, «la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”, si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996 [TEDH 1996, 47], caso Stubbings , § 46 y ss.), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados»”.*

legal, de modo que, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 195/2009, de 28 de septiembre, “*determinar el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto*”, aunque también haya manifestado el Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 157/1990, de 18 de octubre, que “*dados los valores constitucionales en juego, sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas*”¹²⁸⁵.

En definitiva, pese a las críticas que pueda suscitar el precepto relativo a la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en cuanto puede suponer una quiebra de la sistematicidad del ordenamiento jurídico penal en relación con la prescripción de los delitos tal y como hasta ahora se concebía, conviene dejar sentado que la exclusión de uno o más delitos de la posibilidad de prescripción es una opción perfectamente encajable en el marco de la Constitución¹²⁸⁶.

Lo anterior no parece significar, no obstante, que cualquier regulación de la institución sea admisible desde el punto de vista constitucional, vistos los términos en que se manifestó el Tribunal Constitucional, que ha considerado que, relación con la prescripción del delito, entran en juego valores constitucionalmente garantizados¹²⁸⁷.

1285 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre (RTC 1990, 157). Doctrina reiterada en la Sentencia núm. 63/2001 de 17 marzo (RTC 2001, 63) (caso GAL).

1286 Cabe traer aquí a colación la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55): “*La reflexión anterior anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador. Como afirmábamos en la STC 11/1981 (RTC 1981, 11), «en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (fundamento jurídico 7º). Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma*”.

1287 En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene también declarado que “*no sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad*”. Cfr. Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55).

Concretamente, en relación con la prescripción del delito, el Tribunal Constitucional ha señalado cómo *“La institución de la prescripción, en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el art. 9.3 CE., puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el art. 25.2 CE asigna a las penas privativas de libertad”*¹²⁸⁸.

Sin embargo, eliminar la posibilidad de que determinados delitos prescriban, esto es, que por mucho tiempo que haya transcurrido desde su comisión deberá procederse a su enjuiciamiento y aplicarse la pena, no significa que la aplicación del Derecho Penal no se rija por criterios de justicia ni de seguridad jurídica. Puede considerarse una medida justa, en atención a que la realización del valor justicia no debe tenerse en cuenta únicamente en relación con el delincuente, sino también en relación con la víctima. Por otro lado, si bien se mira, la seguridad jurídica no se ve para nada afectada, pues precisamente una norma como la comentada hace que se desvanezca toda inseguridad, al garantizar en todo caso el castigo del delincuente con independencia del tiempo transcurrido.

Analizaremos ahora el precepto objeto de nuestro estudio desde el punto de vista constitucional, atendiendo a los dos factores que consideramos fundamentales: el relativo a la posibilidad o no de aplicación retroactiva del precepto, esto es, a muertes terroristas causadas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma (el 23 de diciembre de 2010, al cumplirse seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica 5/2010) y el relativo a la posible afectación de los principios de igualdad y proporcionalidad derivados del Texto constitucional.

1288 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 157/1990 de 18 de octubre (RTC 1990, 157).

- *La aplicación retroactiva de las normas que establecen la imprescriptibilidad de un delito está prohibida en el ordenamiento interno. La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.*

Como ya se ha dejado sentado, en el marco interno de un ordenamiento jurídico como el español, cuya legitimidad no se discute, la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas penales que modifiquen el régimen legal de la prescripción en perjuicio del reo -por ejemplo señalando la imprescriptibilidad de determinados crímenes que antes sí podían prescribir-, no puede determinarse en relación con la voluntad del aplicador de la ley de evitar la “impunidad” (en los términos en que el concepto ha sido descrito), pues ello sería tanto como asumir que el ordenamiento jurídico que contenía la norma anterior, en virtud de la cual el delito habría prescrito, era ilegítimo, al igual que el régimen de poder que sustentaba dicho orden, o que se daba alguna circunstancia extraordinaria, una fuerza mayor que impedía que las instituciones funcionasen con normalidad. Por eso, en el seno de un ordenamiento jurídico en el que no ha habido tal clase de ruptura política, y respecto del que tampoco pueda decirse que, en relación con los delitos de terrorismo, ha estado sujeto a una causa de fuerza mayor que impidiera su persecución la posibilidad de aplicar o no con carácter retroactivo una norma penal como la que nos ocupa, tiene que atender indubitadamente al respeto al principio de legalidad.

Irretroactividad significa, según la definición de FEDERICO DE CASTRO, que la ley se aplicará al futuro y no al pasado¹²⁸⁹. El art. 9.3 de la Constitución vigente garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, lo que, interpretado *a contrario sensu*, supone que la Constitución garantiza la retroactividad de la ley penal favorable, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional¹²⁹⁰. Fuera de estos dos supuestos, nada

1289 DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho Civil*, tomo I, año 1949, pág. 220.

1290 El Tribunal Constitucional (Sala Primera), ha declarado en Sentencia núm. 85/2006 de 27 de marzo (RTC 2006, 85), que cuando la Constitución establece “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, garantiza también, interpretado a contrario sensu, la retroactividad de la Ley penal o sancionadora más favorable (en este sentido, SSTC 8/1981, de 30 de marzo [RTC 1981, 8], F. 3; 15/1981, de 7 de mayo [RTC 1981, 15], F. 7; 51/1985, de 10 de abril [RTC 1985, 51], F. 7; 177/1994, de 10 de junio [RTC 1994, 177], F. 1; 129/1996, de 9 de julio [RTC 1996, 129], F. 3; y 215/1998, de 11 de noviembre [RTC 1998, 215], F. 2; AATC 876/1986, de 29 de octubre [RTC 1986, 876 AUTO], F. 2; 303/1989, de 5 de junio [RTC 1989, 303 AUTO], F. 2; 226/1990, de 4 de junio [RTC 1990, 226 AUTO], F. 2; 30/1998, de 28 de enero [RTC 1998, 30 AUTO], F. 7; y 146/1998, de 25 de junio [RTC 1998, 146 AUTO], F. 3)*”.

Pero, a diferencia del art. 25.1 CE, el art. 9.3 CE no está entre los derechos fundamentales cuya

impide que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que estime oportuno¹²⁹¹.

Entre las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales deben entenderse comprendidas tanto las de carácter administrativo como las de carácter penal. Por derechos individuales, a efectos de imposibilidad de aplicación retroactiva de la norma, ha de entenderse que la Constitución se refiere, según opinión generalizada, al ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, esto es, los derechos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título 1.^o de la Constitución.

En el ámbito del Derecho penal, sucede que –como señala WELZEL–, la retroactividad de la ley más rigurosa sería compatible con el postulado *nullum crimen sine lege*, pero no con el de *nulla poena sine lege*, de ahí que sea necesario plantearlo de modo conjunto: *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*¹²⁹². En este sentido, FERRAJOLI, quien criticaría duramente a WELZEL por otros motivos¹²⁹³,

vulneración permite el recurso de amparo. Y la jurisprudencia considera que la retroactividad de las leyes penales más favorables no forma parte del contenido esencial del derecho a la legalidad penal contenido en el art. 25.1 CE (SSTC 14/1981, de 29 de abril, F. 7; 15/1981, de 7 de mayo; 51/1985, de 10 de abril, F. 7; 131/1986, de 29 de octubre, F. 2; 196/1991, de 17 de octubre, F. 3; 38/1994, de 17 de enero; 177/1994, de 10 de junio, F. 1; 99/2000, de 10 de abril; 85/2006, de 27 de marzo, F. 4).

1291 El Código Penal, a diferencia de la Constitución, sí establece expresamente la retroactividad de las normas penales más favorables. Es por ello por lo que el Tribunal Constitucional (Sala Primera), en Sentencia núm. 232/1997 de 16 de diciembre (RTC 1997, 232) estimó el recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que no aplicó retroactivamente la ley penal más favorable, al haberse despenalizado el delito de exhibicionismo ante mayores de edad y capaces con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Pero, como observa MIR PUIG, tal violación tuvo lugar por inaplicación del Código Penal, de modo que si éste dejase de imponer la retroactividad de la ley penal más favorable, el art. 25.1 de la Constitución tampoco lo impondría. En otras palabras, según el Tribunal Constitucional el art. 25 CE no obliga al legislador a prever la retroactividad de las leyes penales más favorables. MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 88.

1292 WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pág. 44.

1293 VELÁSQUEZ refiere cómo FERRAJOLI, después de mostrar cómo la postura del pensador germano aparece a caballo entre las sugerencias neokantianas y de la Filosofía de los valores -para las cuales la acción era un acto “dotado de significación social”- y el entendimiento de la acción como un simple síntoma de la personalidad del delincuente con los penalistas de la llamada Escuela de Kiel-, lo acusa de haber ayudado a sentar -con su concepto final de acción y con su teoría del ilícito personal - las bases para la progresiva subjetivización del concepto de acción que, según él, “disuelven el elemento objetivo en el disvalor, inicialmente, de la acción y después de la voluntad, dentro de un contexto de subjetivización integral del derecho penal como instrumento de simple represión de la subjetividad desleal”. Así se desprende de *Derecho y razón*, págs. 486, 496, 514 (nota 42), 521 (nota 92) y 530 (nota 131), se apoya el conocido iusfilósofo italiano en la traducción italiana del escrito de

explica que el principio de irretroactividad de las leyes penales es corolario del principio de legalidad. De este modo, si la pena, como afirmara HOBBS en su *Leviatán*, “supone un hecho considerado como una transgresión por la ley”, “el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley”; por eso “ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito”¹²⁹⁴.

En la actualidad, el principio de legalidad se encuentra consagrado en los más importantes textos internacionales. El art. 7, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispondría que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”¹²⁹⁵. Tales reglas serían reiteradas en el art. 15. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que afirmaría que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”¹²⁹⁶. Por su parte,

WÜRTENBERGER: *La situazione spirituale*, págs. 74 y ss. Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Hans Welzel una aproximación a su vida y a su obra*, Revista Iusta, Vol. 2, Núm. 27 (2007), Universidad Santo Tomás De Aquino - Sede Bogotá - Usta, ISSN 1900-0448. <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3037/2904> El artículo también está publicado en la página web de la Universidad de Fribourg (Suíza): http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_32.pdf

1294 FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 8ª edición de 2006 (primera de 1995), págs. 321-322.

A favor de la irretroactividad se muestra también RUDOLPHI, llegando a esta conclusión desde la comprensión del fundamento y la función del principio de legalidad y no desde la clasificación previa de la institución. Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, págs. 24 y 25. RUDOLPHI, junto con ROXIN, encuentran en la posibilidad de interrupción de la prescripción un argumento para defender que lo que el ordenamiento jurídico encuentra digno de protección es la información que permita distinguir entre lo prohibido y lo permitido, no la “calculabilidad” a priori del tiempo durante el cual la conducta podrá ser perseguida.

1295 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

1296 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución

el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), estableció que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”¹²⁹⁷. En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 establece en su art. 7.1 que “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”¹²⁹⁸.

Asimismo, cabe señalar, nuevamente con FERRAJOLI, cómo el principio de irretroactividad de las leyes penales suele sancionarse en los textos constitucionales junto con el de legalidad (como sucede en España, en el art. 9.3 CE¹²⁹⁹). De todo ello, y

2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977. Publicado en BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733

No obstante, cabe mencionar cómo el art. 15.2 del Pacto deja abierta la puerta a la posibilidad de aplicación de normas contrarias a la prescripción que sí es reconocida en el ámbito interno, sin necesidad siquiera de que tal imprescriptibilidad se recoja en un texto escrito y bastando por tanto, como en Núrember, con una opinión iuris internacional, al establecer que “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

1297 Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

1298 Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito de su Instrumento de Ratificación, de conformidad con el artículo 66, 3, de dicho Convenio. El Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, fue publicado en el «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Posteriormente, fue aprobada la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 fue publicada en «BOE» núm. 108 de 06 de Mayo de 1999, con vigencia desde el 26 de Mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>

1299 Dispone el mencionado artículo que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la

como deduce nuestro autor, se desprende que la ley penal más favorable al reo debe ser ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más nueva¹³⁰⁰. En este sentido, cabe mencionar cómo en relación con el objeto de estudio de nuestro trabajo, VIVES ANTÓN señala que al hallarse establecida la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte meramente por la ley interna y no a través de ningún tratado o norma internacional traspuesta a nuestro ordenamiento, es obvio que “en cualquier momento puede sustituirse por una ley más favorable que, al serlo, tendría eficacia hacia atrás. Pues, con independencia de que se defienda la naturaleza sustantiva o procesal o mixta de la prescripción, la Constitución Española de 1978, en su artículo 9.3, al prohibir la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, parece imponer claramente (en relación con lo dispuesto en el artículo 15 del Pacto de Nueva York) la retroactividad de las favorables, con independencia de su naturaleza”¹³⁰¹.

Pese a las distintas teorías existentes acerca de la naturaleza de la prescripción del delito –lo mismo podría predicarse de la imprescriptibilidad–, lo cierto es que, al decantarse los autores que han tratado el tema por atribuir a la institución una determinada naturaleza jurídica (en el sentido limitado que venimos manejando de adscripción al campo del Derecho sustantivo o al procesal), suelen omitir que las consecuencias derivadas de su inclusión dentro de uno u otro ámbito se encuentran subordinadas, a su vez, a otra clasificación anterior que no por obvia debe dejar de ser tomada en cuenta: dado que hablamos de delitos, como es evidente, nos encontramos en el campo del Derecho penal¹³⁰².

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

1300 FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 8ª edición de 2006 (primera de 1995), págs. 321-322.

A favor de la irretroactividad se muestra también RUDOLPHI, llegando a esta conclusión desde la comprensión del fundamento y la función del principio de legalidad y no desde la clasificación previa de la institución. Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, págs. 24 y 25. RUDOLPHI, junto con ROXIN, encuentran en la posibilidad de interrupción de la prescripción un argumento para defender que lo que el ordenamiento jurídico encuentra digno de protección es la información que permita distinguir entre lo prohibido y lo permitido, no la “calculabilidad” a priori del tiempo durante el cual la conducta podrá ser perseguida.

1301 VIVES ANTÓN, TOMÁS: «Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal». Documento disponible en la base de datos “Tirantonline”, con ref. (TOL1.405.952).

1302 Cabe recordar cómo apuntaba GÓMEZ ORBANEJA que “la colocación de una norma en uno u otro cuerpo legal es, pues, indiferente para determinar su naturaleza; lo que importa es su contenido y

Por eso, –como acertadamente señala BUSTOS RAMÍREZ¹³⁰³–, por encima de la discusión acerca de si la prescripción (o la imprescriptibilidad) pertenece al Derecho penal o al procesal-penal, el principio de irretroactividad de la ley también alcanza a las disposiciones sobre la prescripción; y ello, porque aun cuando se estime que es de naturaleza procesal, toda disposición que afecte a los principios materiales de la facultad punitiva del Estado está sujeta a las mismas restricciones o garantías. Ello nos tiene que llevar necesariamente a considerar la cuestión dentro de unos límites más amplios, pues como también sostiene el mencionado autor, el problema de la posibilidad de aplicar o no retroactivamente las leyes penales debe ser resuelto de un modo general, y no sólo en relación con la prescripción, cualquiera que sea su naturaleza, pues no sólo respecto de ésta puede plantearse el problema¹³⁰⁴.

finalidad. Sacar algo del Código Penal no es lo mismo que sacarlo del Derecho Penal; y a la inversa, no basta incluir en ese Código un precepto referente al proceso para desposeerle de su carácter verdadero”. GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1951, pág. 39.

MANZINI acudía a la distinción entre normas que atribuyen potestad punitiva al Estado y normas que regulan el ejercicio de esa potestad, aunque ante la dificultad de diferenciar cuándo atribuyen y cuándo regulan termina admitiendo la existencia de una “zona neutra”, lo que –afirma ZAFFARONI– es la confesión de que no se resolvió el problema. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 195.

GILI PASCUAL, por su parte, es consciente de que la inclusión de la regulación de la prescripción en el Código Penal o en el procesal ha tenido un peso relevante –si bien no decisivo– en el pronunciamiento acerca de su naturaleza (cuando, en buena lógica, tal inclusión debiera ser, en todo caso, reflejo del correspondiente pronunciamiento previo y no a la inversa). Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 26.

1303 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pág. 461. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980, pág. 58.

1304 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ - HORMAZÁBAL MALAREÉ, HERNÁN: *Lecciones de Derecho penal*, Vol. I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 104.

En sentido similar, ROXIN, para quien la prescripción es un presupuesto de procedibilidad, que él sitúa en el plano procesal, pero que no obstante, acude a un criterio distinto para explicar la vigencia del principio de legalidad en este campo, que “no puede depender de dichas clasificaciones formales, que se efectúan sin tener en cuenta la prohibición de la retroactividad, sino que lo que procede es examinar en el caso concreto hasta qué punto el fin del art. 103 II GG requiere su aplicación”. ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*, Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 989. Dicho art. 103 II GG establece que “Un acto sólo puede ser castigado si constituía delito según la ley antes de que fuese cometido”.

Quizás por todo ello, no sea extraño que, como observa GILI, pese a que parece existir acuerdo doctrinal en que la decisión acerca de la naturaleza de la prescripción manifiesta su relevancia práctica en las cuestiones mencionadas, lo cierto es que tales cuestiones acaban resolviéndose con frecuencia al margen de aquella decisión, incluyendo argumentos de otro tipo, lo que nos debería servir ya “para poner

No se trata, por tanto, de que dispensemos el análisis de la cuestión recurriendo a la cómoda afirmación de la unidad del sistema penal –postura que critica en su obra sobre la prescripción GILI PASCUAL¹³⁰⁵–, sino de un convencimiento al que llegamos, considerando que Derecho penal y Derecho procesal penal son inseparables, pues ambas ramas del Derecho pertenecen al poder punitivo del Estado y tienen el mismo objeto, esto es, la cuestión criminal. De este modo, el problema se desvanece, pues ambas están sujetas a ciertos principios materiales comunes, uno de los cuales es la necesidad de la pena. Y en este sentido, puede decirse, con BUSTOS RAMÍREZ, que daría lo mismo decir que es de Derecho penal o Procesal-Penal¹³⁰⁶.

Lo anterior no significa que el Derecho procesal penal no sea una rama del Derecho con cierta autonomía. Para COBO DEL ROSAL, el Derecho procesal penal es una parte del ordenamiento jurídico positivo del Estado por el que va a canalizarse el poder represivo del mismo –penas criminales– y el poder preventivo –medidas de seguridad–. Son, por lo tanto, dos dimensiones de un mismo concepto, cual es el poder punitivo del Estado¹³⁰⁷. “Derecho penal y Derecho procesal penal no son más que dos perspectivas de un mismo fenómeno, consistente en el estudio del presupuesto (delito) y de sus consecuencias jurídicas (penas concretas), y no debe predicarse el mutuo desconocimiento y desunión”¹³⁰⁸. Sigue en este sentido nuestro autor la idea expuesta por BELING, para quien el Derecho procesal penal es Derecho penal formal en sentido estricto: si bien son dos ramas jurídicas con su propio objeto de regulación y, por tanto,

en tela de juicio la utilidad de la distinción comentada”. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 23.

1305 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 20. No obstante, este autor llega también a la conclusión de que la cuestión relativa a la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas que modifiquen los plazos o condiciones de la prescripción ha de resolverse con independencia de una previa clasificación de la prescripción en el ámbito sustantivo o procesal, debiendo acudir, en lugar de a la unidad del sistema penal, al principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 CE (pareciendo olvidar que este principio también es aplicable a la totalidad del sistema penal), respecto del que, sorprendentemente, admite sin embargo que puedan introducirse salvedades respecto de ciertos acontecimientos de especial gravedad, como los crímenes contra la humanidad. Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 26.

1306 Así, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pág. 460 y ss.

1307 COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 42.

1308 COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 46.

diferentes entre sí, el Derecho procesal penal no es más que el conjunto de leyes que regula la actividad tutelar del Derecho penal material¹³⁰⁹.

Ciertamente, hay que considerar que Derecho sustantivo y procesal penal son dos dimensiones del mismo concepto, pues el Derecho penal, a diferencia del civil, no puede realizarse fuera del proceso. Es por eso por lo que ambos se necesitan mutuamente para poder llegar a la finalidad de la realización del poder punitivo del Estado. Como advierte GIMENO SENDRA, no puede obviarse el carácter instrumental del Derecho Procesal, pues la autonomía del Derecho Procesal no puede llevarse al límite de prescindir de la idea de que el proceso es un instrumento de los Jueces para la aplicación del Derecho material¹³¹⁰.

Por eso, no debe deslindarse el Derecho procesal del Derecho material con la finalidad de encajonar dentro de una de estas dos ramas una institución como la prescripción, que despliega sus efectos afectando precisamente a la punibilidad misma del delito y determinando en consecuencia el archivo del proceso¹³¹¹.

1309 BELING, ERNST: *Derecho procesal penal*, Traducción de Miguel Fenech, Reimpresión, Buenos Aires, 2000, pág. 3. Citado por COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 41. Cita también COBO, en otro pasaje, a GÓMEZ ORGANEJA, que señalaba que “sin el proceso, el *ius puniendi* carecería de realización”. COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 48.

1310 Explica GIMENO SENDRA que “Ello es así, hasta tal punto de que existe una clara e indisoluble relación entre el Derecho Procesal, de un lado, y la legislación material, a la que sirve, de otro. De este modo, el carácter necesario del Derecho Penal ocasiona que el proceso penal haya de estar informado por el principio de legalidad, la titularidad por los particulares de los derechos subjetivos que regula el Derecho Civil otorga la hegemonía del principio dispositivo en el proceso civil, la existencia de partes económicamente débiles en el proceso laboral exige la economía, simplicidad y agilidad del proceso de trabajo, etc.” GIMENO SENDRA, VICENTE: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, San Fernando de Henares (Madrid), 2ª edición en 2004, pág. 320.

Existen otras muchas teorías que niegan la posibilidad de delimitar el Derecho material y el Derecho procesal. Así, con distintos matices, BINDER, JULIUS: *Prozeb und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig, 1927; MAYER, HELLMUTH: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, W. Kohhammer Verlag Stuttgart und Köln, Stuttgart, 1953, págs. 346 y 347. También de este último autor, *Zum Aufbau des Strafprozesses*, GS, 1934, págs. 312 y 317; VOLK, KLAUS, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, págs. 200 y ss.; GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO: *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, pág. 65. Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 101 y ss.

1311 COBO DEL ROSAL llegará a afirmar que “el caso de la prescripción del delito del art. 130.5º del Código Penal es idéntico al del art. 666.3º de la LECrim. En el primero va a ser una causa de extinción de la responsabilidad criminal o, como he expuesto siempre, una causa de exclusión de la pena; y en el segundo, una cuestión o artículo de previo y especial pronunciamiento que, si procede, conduce,

Tenemos, por tanto, que de la naturaleza penal de la institución de la prescripción, y con independencia de que se estime que tiene naturaleza sustantiva o procesal se deriva la imposibilidad de aplicación retroactiva de normas en contra del reo. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que, como advierte la doctrina, la prohibición de la retroactividad de las normas penales desfavorables no ha de limitarse estrictamente a las normas que recojan los tipos penales¹³¹² pues, como se ha expuesto, el delito concreto que se juzga en cada caso se integra tanto con el concreto tipo penal que corresponda de la Parte especial del Código como con las disposiciones de la Parte general que le sean aplicables.

Consideramos por ello fundamental relativizar la cuestión de si la prescripción del delito es una institución de naturaleza material o procesal, pues es evidente al adentrarse la doctrina en estas discusiones, pierde muchas veces de vista que estamos hablando, en todo caso, de normas penales, olvidando así que todas ellas sean sustantivas o procesales regulan el ejercicio del poder sancionador del Estado. No obstante, según la tesis aquí defendida, la prescripción tendría en cualquier caso una naturaleza material, por referirse a una característica del delito (su posibilidad de prescribir o no) ubicada en sede de punibilidad. Desde este punto de vista, y asumiendo que de la asignación de una concreta naturaleza jurídica se derivarían inexorablemente consecuencias en orden a la posibilidad o no de una aplicación retroactiva de la norma, tenemos que de ninguna manera podría aplicarse una norma sobre prescripción desfavorable para el reo de forma retroactiva.

No obstante, acerca de los efectos de un cambio legislativo en materia de prescripción, existe en la doctrina algún punto de acuerdo con independencia de que se le asigne a la institución naturaleza sustantiva o procesal. Así, se conviene en que,

inexorablemente, a la exclusión de la pena del Derecho penal material”. COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, pág. 46.

1312 En este sentido, ZAFFARONI considera que la determinación de la ley penal más favorable no debe hacerse en abstracto sino en concreto, pues “la ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece una pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc., (b) puede provenir también de una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso, las consecuencias procesales. Ante la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración, no es posible hacerlo en abstracto sino que debe plantearse frente al caso concreto”. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL - ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 115.

aunque se considere que la prescripción del delito es una institución de carácter procesal, y que dado que los hechos delictivos se juzgan mediante la aplicación de las normas procesales vigentes en el momento del enjuiciamiento, podría admitirse la aplicación de la nueva norma en el caso ésta viniese a ampliar plazos que aún no hubiesen transcurrido por completo (cosa que nosotros sin embargo tenemos que rechazar, por considerar, como decimos, que el delito concreto se integra tanto con las normas de Parte especial como de Parte general). Pero en cualquier caso, con independencia de la naturaleza que se asigne a la prescripción, en lo que hay consenso en la doctrina, como expone GILI PASCUAL, es en que resulta inadmisibles la reapertura de plazos de prescripción ya vencidos (la denominada gran retroactividad), que es rechazada atendiendo a los principios básicos del Estado de Derecho, en especial los consagrados en el art. 9.3 de la Constitución¹³¹³.

En el concreto caso objeto de nuestro estudio, la declaración de imprescriptibilidad de determinados delitos de terrorismo no consiste sino en una ampliación del plazo de prescripción de 20 años previamente existente, y cuya aplicación retroactiva iría en contra del reo. Esta norma se encontraría por tanto sujeta a esta misma imposibilidad de aplicación retroactiva, pues se trata de una norma penal cuya aplicación siempre será más perjudicial para el reo¹³¹⁴ y, si consideramos que la imposibilidad de prescripción es una cualidad del delito incorporada al tipo penal a través de la categoría de la punibilidad, resulta que lo que tenemos es una modificación del tipo que en virtud del art. 9.3 de la Constitución y 2 del Código Penal no podrá aplicarse a los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de la modificación, esto es, 23 de diciembre de 2010, al cumplirse seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica /2010, de 22 de junio.

En definitiva y por lo expuesto, consideramos que debe tenerse presente que en el marco de un Estado considerado legítimo y respetuoso con los derechos humanos, donde la propia legislación interna garantice la vigencia del principio de legalidad -que

1313 Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, pág. 22.

1314 No entraremos aquí a cuestionar, desde una perspectiva moral (teorías de la pena como expiación), si es más perjudicial para el reo que no se le aplique la pena por considerar prescrito su delito. Aceptaremos que la pena es un mal que el reo, pese a haber cometido el delito, tratará de evitar, y por tanto, su interés reside en eludir la pena, de modo que lo más “beneficioso” para él será eludirla.

impide la aplicación retroactiva de las disposiciones penales en perjuicio del reo-, las normas desfavorables para el reo, como la que aquí nos ocupa, no pueden aplicarse retroactivamente. Aunque el régimen político sea mejorable, si el sistema jurídico es considerado legítimo por distinguir adecuadamente entre conductas permitidas y penadas, y el Estado o sus agentes no participan de crímenes ni encubren sistemáticamente violaciones flagrantes de derechos humanos básicos, no pueden plantearse dudas. El principio de irretroactividad de las normas desfavorables para el reo debe ser respetado si ese Estado aspira a tener seguridad jurídica y se considera, en definitiva, un Estado de Derecho, entendiendo por tal aquel que cumple con sus propias leyes.

Además, como se ha expuesto, en la doctrina actual de las Naciones Unidas se afirma que la prescripción no puede correr mientras no existan recursos eficaces¹³¹⁵. Tal previsión, en el ámbito internacional -donde la posibilidad de enjuiciamiento de un crimen se funda en no considerar legítimo el régimen que lo cometió o amparó-, viene a suponer una concepción justificada de la prescripción similar a doctrina de la *actio nata*, propia del orden jurisdiccional civil, según el cual no puede correr el tiempo de prescripción de una acción para quien no podía ejercitarla. Sin embargo, en el ámbito interno de un sistema jurídico de Derecho continental como el nuestro, donde no se ha producido una ruptura con un régimen anterior, no puede sostenerse que la imprescriptibilidad pueda tener tal fundamento y que, considerada institución meramente procesal, pueda desconectarse del hecho delictivo concreto, previamente tipificado en el mismo ordenamiento y que lleva implícito en su regulación legal tanto las previsiones de Parte especial del Código como las de Parte General.

En España, planteada la duda acerca si la previsión legal que declara imprescriptibles los resultados de terrorismo con resultado de muerte es o no aplicable a crímenes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (el 23 de diciembre de 2010,

1315 El Principio 23 del Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, se refiere a “Restricciones a la prescripción”, y en él se afirma que *“La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”*. Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones (E/CN.4/2005/102/Add.1).

Cfr. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

al cumplirse seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), precisamente si se pretende defender la legitimidad del ordenamiento jurídico español frente a quienes utilizan el terrorismo para tratar de instaurar un régimen de poder distinto, la respuesta debe ser negativa. Aceptar la posibilidad de aplicación de esta norma retroactivamente a crímenes cometidos con anterioridad, aunque tales hechos sean especialmente repugnantes y la imposibilidad legal de castigarlos resulte especialmente dolorosa para las víctimas, sería tanto como aceptar que la posibilidad de su prescripción legalmente prevista en el pasado se debía a alguna causa de fuerza mayor ya desaparecida y que la nueva situación política permitiese al fin castigarlos. Evidentemente, no es el caso de España. Por eso, frente a autores que defienden la posibilidad de aplicar este precepto a crímenes terroristas ya cometidos, estimamos que debe admitirse con autores como MIR PUIG¹³¹⁶, o MANZANARES SAMANIEGO, la imposibilidad de aplicación retroactiva de modificaciones legales de este tipo. Al respecto, afirma el Consejero Permanente de Estado que fuera Magistrado del Tribunal Supremo, Abogado del Estado y Profesor Titular de Derecho Penal: “La materia no se presta a los fuegos artificiales. Los delitos de terrorismo anteriores a 2010 prescriben en España porque así lo quisimos nosotros. Y lo mismo ocurre desde entonces, por idéntica razón, con los que no costaron la vida de ninguna persona”. (...) “Nuestros delitos de terrorismo, que deben ser los que más nos preocupen, no prescribirían si esa hubiera sido la voluntad del legislador español en algún momento desde que empezaron los asesinatos etarras hasta hoy. Nada se hizo, sin embargo, como nada se hizo tampoco para prevenir las escandalosas excarcelaciones que la muy endeble doctrina Parot trató de impedir demasiado tarde”¹³¹⁷.

Como conclusión, tenemos por tanto que prescripción e imprescriptibilidad se integran en el concepto de “ley penal”, de modo que se ven afectadas por la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas que modifiquen su régimen legal

1316 Sobre la imposibilidad de aplicación retroactiva de la reforma, MIR PUIG, CARLOS: «Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación», en Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (Tribuna y Boletín de la FICP) N° 2013-1 (mayo), págs. 234-255. http://www.ficp.es/media/DIR_42312/57d08b8e8388ab7efff80d7ffff8709.pdf

1317 MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: «El terrorismo y los fuegos de artificio», artículo publicado el 11 de marzo de 2014 en el Blog “El Clavo”, República.com. <http://www.republica.com/el-clavo/2014/03/11/el-terrorismo-y-los-fuegos-de-artificio/>

en perjuicio del reo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables para el reo, que es corolario del de legalidad, y ha de respetarse si no quiere provocarse una ruptura jurídico-política con el régimen anterior que permitía la prescripción, por más que los crímenes que se pretendan castigar resulten especialmente odiosos.

- Constitucionalidad de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en relación con el principio de igualdad

Una norma que no respete el principio de igualdad sería injusta. Llamamos justo a un acto o incluso a la ley misma, en cuanto respeta un criterio básico de igualdad. Este significado es tradicional en el pensamiento occidental desde ARISTÓTELES, y se expresa en el principio de que los iguales han de ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales¹³¹⁸.

Pero además, en nuestro actual sistema jurídico, una norma que no respetase el principio de igualdad, además de no ser justa, sería inconstitucional. La Constitución recoge en su art. 1 el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, configurándose así, para los poderes públicos, como un criterio que debe ser observado en todas sus actuaciones. A su vez, el art. 14 de la Constitución consagra el principio de igualdad configurándolo como un derecho fundamental de los españoles, al proclamar que éstos “son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹³¹⁹. Se trata, por tanto, de un derecho subjetivo que

1318 Cfr. LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 52.

Por su parte, PECES-BARBA concibe la igualdad, reconocida como valor superior del ordenamiento jurídico según la Constitución de 1978, como uno de los dos contenidos materiales de la justicia en nuestra cultura. El otro sería la libertad. Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988, pág. 47.

1319 Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación –como se reconoce también en la STC 62/2008 de 26 de mayo (RTC 2008, 62)– representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 128], F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre [RTC 1988, 166], F. 2; 145/1991, de 1 de julio [RTC 1991, 145], F. 2; 17/2003, de 30 de enero [RTC 2003, 17], F. 3; 161/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 161], F. 3; 182/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 182], F. 4; 41/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 41], F. 6, o 3/2007, de 15 de enero [RTC 2007, 3], F. 2). Lo que no significa que no existan otros parámetros que puedan considerarse también a efectos de determinar si existe o no discriminación.

puede ser invocado ante los Tribunales, y en su caso, ante el Tribunal Constitucional, conforme al art. 53. 2CE.

Habiéndose aludido en los debates parlamentarios a que la norma que declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona constituye una previsión que vulnera el principio de igualdad ante la ley¹³²⁰, consideramos adecuado realizar una valoración al respecto.

Intentaremos determinar si este precepto vulnera el principio de igualdad en relación con el tratamiento que reciben los autores de otros delitos, y si puede, en consecuencia, ser considerado inconstitucional por vulneración del principio de igualdad. Debe tenerse en cuenta que el principio de igualdad –como explica CALSAMIGLIA– es histórico y relacional, de modo que las concepciones de la igualdad cambian a lo largo de la historia, pues lo que fue una reivindicación igualitaria en un tiempo y una época determinada quizás no lo sea en otra. En la filosofía moderna, el problema de la igualdad exige justificar las diferencias¹³²¹.

Para la finalidad propuesta, seguiremos el mismo procedimiento empleado por el Tribunal Constitucional. En primer lugar, debe determinarse si las situaciones jurídicas comparadas o que pretendan compararse comparten una cierta identidad y, a pesar de ello, se les dispensa un tratamiento jurídico distinto. A continuación, habrá que determinar si se trata de una diferenciación razonable, atendiendo fundamentalmente a la finalidad de la norma. Por último, si existe proporcionalidad entre los medios empleados por la norma y la finalidad que se persigue.

Cabe adelantar cómo el Tribunal Constitucional ha destacado la necesidad de analizar la razonabilidad del criterio y que el este criterio no presente una *“naturaleza particularmente odiosa”*. En Sentencia núm. 62/2008, de 26 mayo, afirma que *“no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones*

1320 Intervención en el Congreso de los Diputados del Sr. Olabarriá Muñoz, Diputado por Álava, en nombre del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV): “...usted no puede declarar imprescriptible un delito y prescriptibles todos los demás, como le mandata la Constitución española, por cierto. Aquí se vulnera el principio de igualdad ante la ley entre otros”. Sesión plenaria núm. 137 celebrada el jueves 11 de marzo de 2010. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2010, IX Legislatura, Núm. 146, págs. 21-22. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_146.PDF

1321 Cfr. CALSAMIGLIA, ALBERT: «Sobre el principio de igualdad», en *El fundamento de los derechos humanos* (Javier Muguerza y otros autores, edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez, Editorial Debate, Madrid, 1989, págs. 97- 110 (100).

causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)»¹³²².

El principio de igualdad ante la ley, que significa que la ley debe ser general y abstracta, y por ello, de alcance universal, puede ser roto cuando se encuentre objetiva y razonablemente justificado por los hechos. Como ha sostenido el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 166/1986 de 19 diciembre ¹³²³, “La vocación a la generalidad que, su propia estructura interna, impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la Ley establecido en su art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora”. Por eso, “la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa

1322 Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 62/2008 de 26 mayo (RTC 2008, 62).

1323 Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 166/1986 de 19 de diciembre.

al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone”.

Atendiendo a lo anterior, es evidente que la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona no vulnera el principio de igualdad en relación con la posibilidad de prescripción del resto de homicidios o asesinatos, pues sencillamente se trata de delitos distintos, estando el terrorista más penado por las razones que se indicaron en el capítulo correspondiente al concepto jurídico del terrorismo y que en definitiva atiende a la pluralidad de bienes jurídicos atacados por los crímenes terroristas.

- Constitucionalidad de la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte en relación con el principio proporcionalidad y los límites que éste impone al legislador

Siguiendo a LATORRE SEGURA, que nos habla también de la justicia como proporción, podemos decir que una norma puede también calificarse como justa o injusta en la medida en que se conforme o no a una cierta idea de proporción entre la consecuencia jurídica y el hecho que la motiva¹³²⁴. En realidad, como afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, se trata de una aplicación más amplia del principio de igualdad¹³²⁵, pues no sólo los iguales han de ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales, sino que la relación en el trato de los diversos casos debe guardar entre sí una determinada proporción, que es la que calificamos precisamente de justa. Pero a este principio hay que darle un contenido concreto, pues no puede hablarse de proporcionalidad sino en la medida en que se tiene en cuenta tanto la relación entre el hecho y su consecuencia como la proporción establecida para los demás casos en el ordenamiento jurídico. De este modo -como advierte LATORRE SEGURA-, cuando se

1324 Cfr. LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 54.

1325 Por eso dice LASCURAÍN SÁNCHEZ que formulado como derecho, “el derecho a la igualdad formal es un derecho a que no se nos diferencie irrazonablemente en el tratamiento jurídico: a que no se establezca irrazonablemente que nuestra situación o nuestra conducta es distinta que otra que resulta mejor tratada. Las razones para la diferenciación –de conductas, de consecuencias– han de ser además razones más poderosas que las que comporta la igualdad formal: la desigualdad, además de razonable, ha de ser proporcionada”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: «Igualdad penal: un esbozo», en *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Coordinadora M. L. Cuerda Arnau, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1107 y ss. (1109).

intenta dar a este principio de proporcionalidad un contenido concreto, nos encontramos con la dificultad principal de determinar cuál es el criterio relevante para el Derecho que hay que tener en cuenta a la hora de determinar si una norma determinada es o no proporcionada¹³²⁶.

La relación entre igualdad y proporcionalidad es puesta de manifiesto también por los Profesores FALCÓN Y TELLA, que razonan que, dado que la igualdad no es sólo tratar igual a los iguales, sino también tratar de forma desigual a los desiguales en proporción a su desigualdad, existen casos en que la igualdad no implica un tratamiento uniforme, sino un tratamiento *proporcional*. En el ámbito del Derecho penal, la idea de correspondencia entre el monto de la ofensa y el de la respuesta retributiva es una de las dificultades prácticas de mayor envergadura del castigo penal, puesto que esta exacta equivalencia o igualdad, “tan buscada en teoría, de hecho es inviable”¹³²⁷.

En el ámbito del Derecho penal, el principio de proporcionalidad viene a imponer que la pena debe ser adecuada a la gravedad del delito cometido y a la culpabilidad. Ante la pregunta ¿cómo podemos determinar la gravedad del delito? o, lo que es lo mismo, ¿cuál es la gravedad relativa de ese delito en el sistema de delitos?, VON LISZT aceptaba que la respuesta había variado poco desde FEUERBACH. En su opinión, el módulo para la determinación de la medida está constituido por la peligrosidad objetiva y subjetiva del delito: objetivamente, según la importancia del derecho lesionado o puesto en peligro; subjetivamente, según la peligrosidad y la intensidad de los estímulos de los sentidos¹³²⁸.

1326 Cfr. LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 54.

1327 Llevando hasta el extremo este razonamiento, “la única ofensa susceptible de una respuesta completamente equivalente sería el homicidio. El resto de ellas –violación, chantaje, delitos de falsificación, violación de sepulturas, etc.– no serían retribuibles con la misma moneda”. Cfr. FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 161 y 162.

1328 VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, pág. 75. VON LISZT cita a SONTAG (ZStW-II, pág. 97), para quien la exigencia de Justicia sólo puede ser satisfecha “si el delito puede ser concebido en su significación para la vida de un pueblo y si en la definición de la equivalencia (...) es aceptada la una valoración jurídica global. Este valor jurídico se sintetiza en dos factores cuyo peso específico está sujeto a múltiples oscilaciones: el objeto del ataque en que consiste el delito y la decisión contraria a derecho del autor del delito”. También cita a LASSON (*System der Rechtsphilosophie*, 1882, pág. 535 y ss.), que dice que cuanto mayor es la culpabilidad, más grave ha de ser la pena. Sin embargo, la dimensión de la culpabilidad se determina conforme al carácter de la acción que atenta, de forma profunda o superficial,

Centrándonos ya en la cuestión relativa a la proporcionalidad de previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, si como afirmara VON LISZT¹³²⁹, “la pena es protección de bienes jurídicos” y atendemos a la pluralidad de bienes jurídicos que ataca el terrorismo -teniendo asimismo en cuenta que, como venimos defendiendo, la posibilidad o no de prescripción de un delito debe considerarse incluida en la definición del propio delito-, al ser los delitos de terrorismo con resultado de muerte los que atacan directamente al bien jurídico protegido por excelencia (vida) logrando además lesionarlo de forma irreversible y afectando también indirectamente a otros bienes jurídicos de altísima categoría, la medida parece plenamente proporcional.

El Tribunal Constitucional considera que el principio de proporcionalidad “*no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales -y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no*”¹³³⁰. Por eso, para MIR PUIG, “más que un principio independiente, la proporcionalidad es el criterio de solución de los concretos conflictos entre principios, exigido por la propia pretensión de vigencia de todos los principios en conflicto”¹³³¹.

contra la estabilidad del orden jurídico, y conforme a la intensidad de la decisión relativa al delito que comporta la acción al ponerse de manifiesto. Finalmente, –como señala VON LISZT a pie de página–, con mayor sencillez explicaba esta cuestión MEYER (*Lehrbuch*, 3ª ed., pág. 15): “Los perjuicios que el Estado aplica como penas son muy diferentes, y ello depende esencialmente de las circunstancias y concepciones imperantes en cada momento... Además, la magnitud de la pena es asunto de apreciación del legislador, y en ello es decisivo el aspecto esencial del fin de retribución. Sólo en una segunda línea entran en cuestión todos los objetivos de carácter práctico”.

1329 Así de expresa y escuetamente en VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, pág. 79.

1330 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55), con reiteración posterior en la STC 161/1997 (RTC 1997, 161).

1331 MIR PUIG, SANTIAGO: *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 101.

La cuestión relativa a la proporcionalidad o no de la medida desde el punto de vista constitucional deriva, en definitiva, en determinar hasta si el legislador ordinario puede configurar como considere oportuno las normas penales, sin límite alguno, o si por el contrario se encuentra sujeto a determinados cánones constitucionales. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado, en Sentencia 55/1996 de 28 marzo, que el legislador dispone también de un margen de actuación a la hora de configurar las normas penales, pues su posición constitucional *“obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas. En efecto, a diferencia de lo que sucede respecto de los órganos que tienen encomendada la tarea de interpretar y aplicar las leyes, el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena”*¹³³². Cabe mencionar que esta Sentencia ésta referida a la proporcionalidad de las penas. En concreto, en relación con la pena prevista para la falta de cumplimiento de la prestación social sustitutoria del servicio militar. No obstante, si consideramos, como aquí se viene haciendo, que la posibilidad de que un delito prescriba afecta a su punibilidad en concreto, tales declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la proporcionalidad de

1332 Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55).

una norma penal serían aplicables al caso que nos ocupa, al responder a la misma pregunta: hasta qué punto el legislador es libre para establecer los criterios legales que determinan la aplicación de las penas.

La necesidad de proporcionalidad de las normas se ha concretado de forma muy particular en relación con aquellas que afectan a los derechos fundamentales, como es el caso de las normas penales, al haber señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional que *“El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”*¹³³³.

Por ello, *“Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad [...]”. Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deberá indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción”*¹³³⁴.

Desde ese punto de vista, la medida que declara la imprescriptibilidad de estos delitos, no va en contra del principio de proporcionalidad, al no poder decirse que exista un derecho –ni ordinario ni mucho menos fundamental– a la prescripción con el que

1333 En palabras del propio Tribunal Constitucional, *“Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982 (RTC 1982\62), fundamento jurídico 5.º; 66/1985 (RTC 1985\66), fundamento jurídico 1.º; 19/1988 (RTC 1988\19), fundamento jurídico 8.º; 85/1992 (RTC 1992\85), fundamento jurídico 5.º; 50/1995 (RTC 1995\50), fundamento jurídico 7.º). Incluso en las sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6.º; 50/1995, fundamento jurídico 7.º; 173/1995 (RTC 1995\173), fundamento jurídico 2.º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988 (RTC 1988\6), fundamento jurídico 3.º; 50/1995, fundamento jurídico 7.º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”*. Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55).

1334 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 136/1999 de 20 de julio (RTC 1999, 136), reiterando lo dicho en Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55).

pueda colisionar. En caso de conflicto, a nuestro juicio, habrá de prevalecer el interés general en conocer la verdad de lo sucedido y, poder adoptar medidas de cara a evitar la comisión de nuevos atentados en el futuro, mediante el conocimiento a través del proceso del *modus operandi* de los terroristas, la determinación de los integrantes de la organización, etc., y junto con ello el derecho de las víctimas a la reparación y al reconocimiento moral de que los daños fueron causados dolosamente.

Y es que, como tiene reconocido el Tribunal Constitucional en Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, la posibilidad de configurar un delito como prescriptible o imprescriptible viene atribuida al legislador, que es quien tiene la potestad exclusiva *“para configurar los bienes jurídicos penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que pretende conseguirlo”*¹³³⁵.

Asimismo, como reconoció el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 136/1999 de 20 julio, referente a un delito de colaboración con banda armada (Caso de la Mesa de Herri Batasuna), *“En el conflicto entre los derechos fundamentales de quienes realizan una actividad de colaboración con la actividad terrorista y la represión penal del Estado, los valores en conflicto no son sólo esos derechos fundamentales y los límites de la acción del Estado, sino también y muy especialmente los derechos fundamentales (empezando por el de la vida) de las potenciales víctimas”*¹³³⁶.

Reproduciremos a continuación un extracto de la Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55), que encaja a la perfección al hilo de la propuesta interpretativa que estamos realizando, y que pone de manifiesto que el legislador dispone de unos amplios límites para determinar una característica del delito como es la imprescriptibilidad: *“En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro*

1335 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55), con cita de SSTC 65/1986 (RTC 1986\65), fundamento jurídico 3.º; 160/1987, fundamento jurídico 6.º b); ATC 949/1988, fundamento jurídico 1.º).

1336 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 136/1999 de 20 de julio (RTC 1999, 136).

de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática . No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca ”¹³³⁷.

A lo que la Sentencia núm. 136/1999 de 20 julio (Caso Mesa Herri Batasuna), reiterando doctrina ya expuesta en anteriores Sentencias, añade el principio de oportunidad del que puede hacer uso el legislador, al afirmar que *“De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad” que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución , y para el que “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (STC 55/1996, fundamento jurídico 6º)» (STC 161/1997, fundamento jurídico 9º) ”¹³³⁸.*

1337 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo (RTC 1996, 55).

1338 Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 136/1999 de 20 de julio (RTC 1999, 136).

7. El valor simbólico de la imprescriptibilidad

7.1. Sobre el valor simbólico de las normas jurídicas. Especial referencia a las normas sobre terrorismo.

Las normas jurídicas –como explica MIR PUIG– constituyen *mensajes prescriptivos* y poseen, por tanto, una determinada función de comunicación entre sujetos. Desde este punto de vista de la función social de la norma, cabe advertir la estructura propia de las relaciones sociales presentes en las normas penales. A CALLIESS se debe el mérito de haber señalado este aspecto de la norma penal. A partir de la concepción de la sociedad como sistema de procesos de interacción y comunicación (éste es el planteamiento de la sociología funcionalista de PARSONS y LUHMANN), CALLIESS sostiene que la norma penal posee una función de comunicación entre tres sujetos: el destinatario de la prohibición o eventual sujeto activo de la conducta delictiva, la posible víctima y el llamado a reaccionar frente al delito mediante la pena, denominándolos respectivamente *Ego*, *Alter* y *Tercero*, entro los que se crea un complejo de expectativas recíprocas¹³³⁹.

Partiendo de este planteamiento, podemos observar que cuando se trata de legislar sobre terrorismo, las relaciones entre estos tres sujetos son más complejas que cuando se trata de otros delitos. Por un lado, para el terrorista, dada su motivación política y sus particularidades psicológicas, el efecto motivador de la norma será ciertamente escaso, cuando no nulo o incluso estimulante, dado que precisamente su ánimo de “subvertir” es precisamente un elemento previsto en el tipo penal. Por otro lado, si atendemos tanto a la intencionalidad mediata de atacar bienes jurídicos de titularidad pública (como son el orden constitucional, la paz pública, el funcionamiento de las organizaciones internacionales o el mero derecho de la población a no sentirse atemorizada) así como como a los medios especialmente destructivos empleados por los terroristas, buscando en no pocas ocasiones la causación de un número elevado de víctimas de forma indiscriminada, entre tales víctimas deben considerarse no sólo los

1339 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 65.

directamente atacados y sus allegados, sino el conjunto de la sociedad, como se ha expuesto al referirnos a las víctimas del terrorismo y su carácter vicario, pues potencialmente cualquiera puede ser víctima de un ataque terrorista y, precisamente ésta es la idea que sirve para transmitir el terror y el mensaje amenazante que cada delito terrorista lleva consigo¹³⁴⁰. En cuanto al Estado, desde el momento que el terrorismo pretende subvertirlo o cuanto menos impedir que cumpla con sus fines, no puede ser considerado únicamente un Tercero a quien corresponde imponer la pena, sino que, como garante, cuanto menos, de tales bienes jurídicos, puede considerarse también directamente atacado por tales delitos.

Quizás por ello, los valores simbólicos se encuentran especialmente presentes en las normas de lucha contra el terrorismo. “En apariencia al menos –explica PAREDES CASTAÑÓN–, «terroristas» y «luchadores antiterroristas» pretenden estar actuando ante todo en el plano de la comunicación y de lo simbólico, de cara al público: su preocupación principal parecería ser la de transmitir mensajes y la de luchar para que los mensajes del adversario no sean escuchados, o no lo sean con la suficiente benevolencia, por un determinado auditorio, real o meramente virtual”¹³⁴¹.

Tales valores se encuentran también en la previsión de que “Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona”. El efecto simbólico de la norma es en, en nuestra opinión, el efecto fundamental pretendido con esta reforma legislativa.

El denominado “Derecho penal simbólico” constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Siguiendo la clasificación propuesta por DÍEZ RIPOLLÉS en su artículo titulado «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena»¹³⁴², puede decirse

1340 Como apunta DE LA CORTE IBÁÑEZ, “el número de individuos que son objeto directo de los atentados o amenazas terroristas es siempre muy inferior a la cifra total de personas que se ven (psicológicamente) afectadas por esas agresiones y amenazas”. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 41.

1341 PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: «El “terrorista” ante el Derecho penal», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 137-226 (143).

1342 DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Actualidad Penal*, número 1, Semana del 1 al 7 de enero de 2001, pág. 15.

DÍEZ RIPOLLÉS explica también que toda norma despliega unos efectos *instrumentales* (que

que, en atención al efecto social pretendido, puede considerarse una norma *autoritaria*, promulgada con la finalidad principal de demostrar la capacidad coactiva del Estado. No obstante, también podrá desarrollar los efectos propios de las denominadas normas *apaciguadoras*, que pretenden calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido entre la ciudadanía.

Tal relevancia de los efectos simbólicos se hace evidente si se tiene en cuenta, por un lado, que la norma de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte se incluye en el marco de una reforma global y profunda del Código Penal, con la que, en general, se endurecen las penas y se alargan los plazos de prescripción y que es aprovechada para introducir esta previsión. Pero no es la voluntad de introducir esta norma lo que desencadena la citada reforma del Código, y si se atiende a sus limitados efectos prácticos, resulta evidente que el valor simbólico constituye el principal motivo de su implantación.

Aunque la función simbólica de la norma -máxime tratándose de delitos de terrorismo- es importante, conlleva peligros. El principal es el peligro de inoperancia del Derecho que en general pueden conllevar las normas meramente simbólicas, y al que se ha referido SILVA SÁNCHEZ advirtiéndolo que “las leyes pueden tener, por un lado, una «función instrumental», esto es, influir mediante mandatos y prohibiciones eficaces y mediante la aplicación real de las consecuencias jurídicas de su infracción sobre el comportamiento de sus destinatarios, a fin de obtener el efecto deseado, modificar la realidad. Pero, además de esa función de transformación de esa situación de partida, o, lo que es peor, en lugar de ella, las leyes pueden desempeñar, por otro lado, una función meramente simbólica, que tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican), sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros producirá la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos la impresión de tener el problema bajo control”. De este modo, para SILVA SÁNCHEZ, la función simbólica o retórica de las normas penales se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del

suponen cierta modificación de la realidad social), *expresivos* (los que suscitan emociones o sentimientos en las conciencias) e *integradores* (que generan determinadas representaciones valorativas en las mentes). En el Derecho penal simbólico cobrarían mayor relevancia los efectos expresivos e integradores. Siguiendo esta clasificación, podemos afirmar que los efectos instrumentales que pueda tener la norma de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo carecen de relevancia en comparación con los expresivos e integradores.

problema jurídico-penal (la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido¹³⁴³.

Claro que en atención al objeto de nuestro estudio, cabe señalar que también el terrorismo tiene un alto componente simbólico y se emplea como elemento de comunicación. Tanto es así que, en sus orígenes, los anarquistas denominaban a sus propios atentados “propaganda a través de los hechos”¹³⁴⁴. Tal simbolismo es mayor, si cabe, cuando el terrorismo tiene una finalidad religiosa. Los actos terroristas inspirados en motivos religiosos suelen ser más espectaculares y dramáticos que los de tipo político porque están pensados para difundir un punto de vista alternativo sobre la realidad social¹³⁴⁵.

Por otro lado, la existencia característica de elemento estructural, esto es, el relativo a la organización terrorista, que permanece aunque el terrorista concreto sea detenido, o se inmole, conlleva que los delitos de terrorismo cumplan una función de comunicación del mensaje que no podría darse si faltase esta estructura. Como explica GÓMEZ MARTÍN, “la circunstancia de que a cada uno de los delitos cometidos subyazca una organización terrorista añade al correspondiente delito un *triple elemento comunicativo*: la permanencia del peligro latente, el anuncio de reiteración delictiva y, por último, la capacidad de la organización de seguir atemorizando a la población”¹³⁴⁶.

En definitiva, la lucha contra el terrorismo por parte del Estado se desarrolla también en un plano simbólico, y por eso no es absurdo ni inoperante que el Estado

1343 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 305 y ss.

1344 En este sentido, DE LA CORTE IBÁÑEZ recuerda que asesinato perpetrado por un anarquista italiano contra Antonio Cánovas del Castillo en 1897 cumpliría un fin semejante al de la mayoría de los atentados promovidos durante el posterior siglo XX: *comunicar y difundir un mensaje*. Este mensaje generalmente se codifica en el lenguaje de una violencia explícita ejercida contra objetivos humanos y materiales con algún valor simbólico y que será descifrado con claves diversas por parte de distintas audiencias. Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 42.

1345 A juicio de JUERGENSMEYER, citado por DE LA CORTE IBÁÑEZ, los atentados constituyen auténticos rituales de violencia, escenificaciones de una guerra simbólica o un enfrentamiento espiritual que trasciende el momento presente. Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial, pág. 49.

1346 GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52 (31).

haga frente al terrorismo utilizando también medidas simbólicas, como es en gran medida la que declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte. Y es que, frente al terrorismo, el Estado de Derecho no puede limitarse a la mera aplicación de un Derecho positivo neutral, desprovisto de toda connotación simbólica. No puede dejarse ganar la batalla en el plano simbólico. Bajo este prisma, cabe entender que la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo más graves también es un símbolo de firmeza del Estado y de reconocimiento a las víctimas, y por ello, resulta una medida plausible, por más que sus efectos prácticos sean limitados.

7.2. La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo como símbolo de firmeza del Estado y de reconocimiento a las víctimas

Como refiere DÍEZ RIPOLLÉS, existe un proceso por el que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho en general, y al Derecho Penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en debates públicos sobre problemas sociales relevantes, entre los que el terrorismo ocupa uno de los primeros puestos¹³⁴⁷. Si reflexionamos acerca de la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, parece claro que el mensaje de la inexorable persecución y castigo de estos crímenes que la aprobación de tal norma supone se dirige, como toda norma penal, al conjunto de la sociedad. Pero no por ello no puede pensarse que el legislador lo lance con la finalidad de prevenir la comisión de estos delitos, obviando así los más elementales conocimientos sobre la génesis del fenómeno terrorista. Más bien la idea a transmitir sería la reafirmación ante la ciudadanía de que el Estado va a ser implacable en la lucha contra el terrorismo, pues lo cierto es que la medida carecerá de efectos disuasorios respecto de quienes estén decididos a cometer atentados terroristas. A la hora decidir si cometer o no estos delitos, no parece que los autores realicen un balance de los pros y los contras en función del plazo de prescripción que el delito tenga asignado. Ni siquiera, en muchas ocasiones ponderando el coste individual que la comisión del delito pueda suponerle. Piénsese en el fenómeno

¹³⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», Actualidad Penal, número 1, Semana del 1 al 7 de enero de 2001.

de los terroristas suicidas yihadistas, que o bien se inmolan directamente o bien se lanzan a ataques sin posibilidad de escapatoria, en los que son abatidos, resultando muertos la mayor parte de las ocasiones.

El “indudable” valor simbólico de esta norma -así se dice textualmente- fue ya apuntado en la Proposición de Ley en que tiene su origen la norma de la imprescriptibilidad. Se dice en la misma que “al declararse imprescriptibles, los delitos graves de terrorismo se hacen a los ojos del Derecho y a los de los ciudadanos singularmente reprobables; rechazables por su sentido de inhumanidad; abominables por la radical injusticia que provocan al dañar la vida o los derechos de personas inocentes, y punibles en todo tiempo y lugar. Al declararlos imprescriptibles, la sociedad española, por medio de sus representantes en el poder legislativo, señala que los delitos graves de terrorismo son intolerables”¹³⁴⁸. En cualquier caso, cabe mencionar que, en general, las declaraciones de imprescriptibilidad de los delitos persiguen efectos que van más allá de la mera aplicación práctica del precepto, y que tienden a desplegar sus efectos en el plano simbólico¹³⁴⁹.

En este sentido, la experiencia del nazismo ha sido determinante. En el ámbito internacional, el principal valor que cabe reconocer a los Juicios de Núremberg por encima de sus efectos prácticos es su valor simbólico, de condena moral de las potencias occidentales al nazismo, condenando de forma más simbólica que efectiva los crímenes nazis, y sentando las bases de la imprescriptibilidad de los crímenes más graves conforme a los tratados internacionales. En el interior de Alemania, como indicara WINFRIED HASSEMER, “la supresión del plazo de prescripción para los asesinatos (nazis) por medio de la ley 16 de 16.7.1979 (§78 II StGB) y la sanción penal del genocidio desde 1954 (§ 220 a StGB) tenían su significado político criminal no en la

1348 Proposición de Ley 122/000091 de reforma del Código Penal para declarar imprescriptibles los delitos graves del terrorismo (Orgánica). Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Proposiciones de Ley, 30 de mayo de 2008, Núm. 109-1. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_109-01.PDF

1349 Así por ejemplo, en relación con la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de genocidio recogida en los instrumentos internacionales, coincidimos con GONZÁLEZ TAPIA cuando señalaba que con ello “la comunidad internacional refuerza el autoimpuesto deber de mantener vivo el recuerdo de tales sucesos. Además de cualificar la gravedad de dicho crimen frente a cualquiera de las demás infracciones que puedan cometerse, es un gesto de firmeza y permanente abominación del mismo, que encierra la declarada esperanza de evitar que experiencias como las vividas en la Alemania nazi, en Ruanda o en la ex Yugoslavia puedan volver a repetirse”. GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 86.

realización instrumental del texto de la ley sino en la asimilación del período nazi detrás de ellas, y fundamentalmente en consideraciones políticas”¹³⁵⁰.

En España, la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona es el primer supuesto de imprescriptibilidad recogido en el Código Penal que no responde a la traslación a la legislación española de un compromiso previamente aceptado en el plano internacional. Con ello, el legislador está afirmando que por mucho tiempo que transcurra, los autores del delito, si viven, podrán ser enjuiciados y en su caso condenados. Pero lo cierto es que, desplegando la norma sus efectos únicamente hacia el futuro -por imposibilidad de su aplicación retroactiva, como ya se razonó-, si atendemos a que con anterioridad a la reforma de 2010 los crímenes terroristas con resultado de muerte estaban sujetos ya a un plazo de prescripción de veinte años, empleando la terminología acuñada por HASSEMER, puede decirse que en el precepto objeto de nuestro estudio, la “*función latente*” es mucho más importante que la “*función manifiesta*”. Lo que con esta regulación se pretendería, en definitiva, es establecer medidas tendentes a la “conservación de la confianza del pueblo en el Derecho”, o la “Confianza del pueblo en la invulnerabilidad del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos”¹³⁵¹.

La confianza de la sociedad en el Derecho lo es también en los mecanismos legales. En este sentido, JOSÉ MARÍA BENEGAS, al referirse en su *Diccionario de terrorismo* al concepto de “terrorismo de Estado”, recuerda que “la pérdida progresiva de la fe en una respuesta legal es condición necesaria para que se deposite una esperanza en medios más solapados y «sucios»”¹³⁵².

1350 HASSEMER, WINFRIED: «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en VV.AA.: *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995, págs. 23-36.

1351 Como señala HASSEMER, “la conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho son procesos comunicativos y de largo alcance con una plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira)”. HASSEMER, WINFRIED: «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en VV.AA.: *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995, págs. 23-36.

1352 “En los momentos de estupor e indignación que siguen a una acción criminal terrorista en que los autores lograron evadir a la justicia, es cuando toma cuerpo la organización de que para vencer al terrorismo deben emplearse sus propios medios y sus propias armas. Surge en esos momentos, de modo espontáneo, al percibirse las limitaciones con que lucha las fuerzas de seguridad al enfrentarse al grupo terrorista que actúa sin restricción alguna, enmascarado entre la sociedad y «protegido» por sus mismas

De este modo, la legislación antiterrorista, sin dejar de ser operativa, y de respetar escrupulosamente las garantías criminales, no aspira a ser aséptica, renunciando a todo simbolismo. Ciertamente, simbólico es también el odio del terrorista, –como pone de manifiesto RODRÍGUEZ URIBES–, en la medida en que es figurativo o representativo, fruto de una abstracción, de modo que se ataca a ciertas personas, por ejemplo, por ser españoles o por ser occidentales¹³⁵³.

Este tipo de ataque al símbolo antes referido, justifica una singularización en ámbito de la memoria¹³⁵⁴. Por eso, puede estimarse que la medida legal de declarar la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, además de simbólica, es también funcional desde el momento en que permite en todo momento, con independencia del tiempo transcurrido desde la comisión del delito, el reconocimiento por parte del Estado de que las víctimas (al menos las mortales), lo han sido por la intención de alguien que las ha atacado en cuanto simbolizaban o encarnaban unos valores con los que los terroristas no están de acuerdo.

Asimismo, cabe destacar cómo tanto el proceso judicial como la imposición de la pena, que también tiene una fuerte carga simbólica¹³⁵⁵, cumplen en la sociedad una importante función de comunicación, cada día más importante, fundamentalmente por la influencia de los medios de comunicación¹³⁵⁶.

leyes”. BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004, pág. 555-556 (definición de “terrorismo de Estado”).

1353 Explica este autor que a diferencia del asesino común, que no tiene un proyecto desestabilizador o que afecte a la paz y a la seguridad, “el terrorista ataca un símbolo (además de una persona, claro)”. Cfr. RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

1354 RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

1355 DÍEZ RIPOLLÉS también se ha referido al uso simbólico de la pena en el Derecho, distinguiendo entre efectos instrumentales de la pena y efectos simbólicos. Señala este autor que los efectos instrumentales de la pena, vinculados al fin o a la función de bienes jurídicos, tienen capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, en cambio, estarían conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o a las conciencias, en las que produciría emociones o cuando más, representaciones mentales. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Actualidad Penal*, número 1, Semana del 1 al 7 de enero de 2001.

1356 Como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, “desde el punto de vista de la búsqueda de la legitimación de

la pena, cabe destacar de principio que las nuevas perspectivas que presentan un mayor interés se caracterizan por incidir más en el aspecto expresivo o comunicativo de la pena que en el aspecto puramente instrumental de conducción de conductas”. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, pág. 109.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONS

CONCLUSIONES

1ª El término “terrorismo” es un concepto histórico, con una fuerte connotación peyorativa, que ha sido empleado en distintos lugares y épocas históricas por quien pretende deslegitimar una acción violenta cometida con una finalidad política. Es por ello que resulta tan difícil de definir, no habiéndose alcanzado un consenso en el ámbito internacional. El término nació en la Revolución Francesa, cuando con el ascenso al poder de los jacobinos se inició en Francia el período llamado del Terror (*La Terreur*), pasando luego a designar la actividad de cualquiera que trataba de promover sus ideas mediante un sistema de coacción basado en el miedo.

En el ámbito internacional, pese a los distintos intentos de alcanzar un consenso, no se ha llegado a una definición generalmente aceptada del fenómeno. No obstante, que no se haya alcanzado una definición unánime del “terrorismo” no impide que en el ámbito interno de cada ordenamiento jurídico exista un concepto operativo del término que permita hacer frente a este fenómeno sin quiebra, al menos aparente, del principio de legalidad. Y decimos aparente porque, en última instancia, corresponde a quien detente el poder calificar un determinado hecho de apariencia delictiva como terrorista. Existen por tanto, límites difusos. Así por ejemplo, en España, tras la modificación del Código Penal llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, el empleo del concepto jurídico indeterminado “paz pública” tanto en relación a los desórdenes públicos tipificados en el art. 557 CP como a los delitos de terrorismo (art. 573.1.2º CP) determina un margen de calificación de los hechos que se antoja demasiado amplio.

En cualquier caso, cabe mencionar que el concepto jurídico del terrorismo existente en España hace referencia a un terrorismo de tipo subversivo, lo que excluye la posibilidad de considerar delitos terroristas al denominado “terrorismo de Estado”. Ello, sin embargo, no quiere decir que las previsiones legales sobre terrorismo sólo se ajusten al denominado terrorismo “revolucionario” o de “extrema izquierda”, pues también es posible su aplicación, sin quiebra del principio de legalidad, al terrorismo “reaccionario” o de “extrema derecha”.

El terrorismo supone en cualquier caso un factor de distorsión del ordenamiento jurídico, en la medida en que para combatirlo se implementan multitud de normas especiales insertas en las normas generales. En España, tras la Constitución de 1978, si bien se trata de normas aprobadas al amparo del art. 55.2 CE o en desarrollo de éste, y que en consecuencia deberían tener un carácter excepcional, su permanencia en el tiempo permite hablar un verdadero “subsistema penal” con vocación de permanencia.

No obstante, tal permanencia no implica invariabilidad. En España, las primeras normas antiterroristas, dictadas a finales del siglo XIX, fueron ideadas para luchar contra el terrorismo anarquista. Sin embargo, la legislación antiterrorista de los últimos años había sido promulgada con la finalidad fundamental de combatir a ETA, pero la misma resultaba sin embargo insuficiente para luchar contra el fenómeno del terrorismo yihadista, que hoy en día constituye la principal amenaza en este sentido. Por esta razón, el Código Penal fue profundamente reformado en 2015, mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, cuya Exposición de Motivos apunta a tal fenómeno. Pero en cualquier caso, del estudio de la nueva regulación se desprende que se han mantenido los dos ejes fundamentales en torno a los cuales venía girando la regulación legal del fenómeno terrorista: un elemento objetivo estructural caracterizado por la pertenencia o la actuación al servicio o en interés de una organización o grupo -que no desaparece por más que la nueva regulación facilite el castigo de los terroristas inspirados en el yihadismo o respecto de los que simplemente no pueda establecerse un vínculo sólido con la organización-, y un elemento subjetivo, encaminado a la consecución, por lo general, de un fin político, si bien ahora el Código Penal atiende más a los efectos inmediatos producidos por la acción criminal que al fin mediano perseguido en última instancia. Consideramos que ello es debido a la dificultad práctica de atribuir a un yihadista la persecución de un fin político concreto, o bien para evitar en el Código Penal la mención a fines religiosos, por más que en el Islam la política y la religión sean inseparables. Si bien resultaba claro que organizaciones terroristas como ETA, con su estructura definida y ampliamente estudiada, pretendían la secesión de parte del territorio español (y de ahí el fin subjetivo terrorista de “subvertir el orden constitucional” que junto con el de “alterar gravemente la paz pública” eran las dos posibles finalidades terroristas previstas en el Código Penal hasta la reforma de 2015), a la hora de modificar el Código para adaptarlo a la necesaria lucha contra el terrorismo yihadista, con su estructura menos definida, se

ha preferido atender a los resultados inmediatos producidos por el ataque (como “provocar un estado de terror producido en la población o parte de ella”) en lugar de al fin último perseguido íntimamente por los terroristas.

Asimismo, la profunda modificación de la regulación de los delitos de terrorismo llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, puesta en relación con la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona, que había sido introducida en el Código por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pone de manifiesto cómo a la hora de interpretar las normas jurídicas ha de atenderse al sentido objetivo de la ley y no al que subjetivamente pretendió atribuirle en su día el legislador, pues la norma aprobada permanecerá en el ordenamiento jurídico, debiendo aplicarse a supuestos de hecho quizás distintos de los inicialmente previstos. En relación con el objeto de nuestro estudio, cabe mencionar que la norma que establece la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte fue aprobada en un momento en que la principal preocupación en materia terrorista era ETA, como se desprende de los debates parlamentarios previos a su aprobación (sin perjuicio de que ya se hubiesen producido los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid) y sin embargo, en el futuro, parece que será fundamentalmente aplicable a los atentados yihadistas.

2ª En cuanto a la prescripción del delito, tras la reconstrucción histórica de la figura, que puede remontarse a los discursos de los griegos Demóstenes y Lisias, podemos afirmar que se trata de una institución de larga tradición histórica que, aunque es bien valorada en los ámbitos jurídicos y académicos, no es mirada con simpatía por el común de la sociedad.

En la legislación codificada española, la regulación legal de la posibilidad de prescripción de los delitos ha sufrido profundos cambios y vaivenes, desde que la prescripción como institución apareciese regulada en el primer Código Penal de 1822, siendo de destacar, en los últimos años, el cambio radical de la regulación implementado mediante la misma Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que estableció

también la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

No obstante, aunque se ha discutido mucho sobre el fundamento y la “naturaleza” jurídica de la prescripción, se ha estudiado menos el fundamento (y casi nada) la “naturaleza” de la imprescriptibilidad, seguramente porque en el ámbito del Derecho continental, y a diferencia de lo que ocurre en el Common Law, la prescripción es la regla general.

Así, lo habitual en la doctrina y la jurisprudencia ha sido considerar que la prescripción se fundamentaba bien en la falta de necesidad de pena por razón del tiempo transcurrido desde la comisión del delito -lo que desembocaba normalmente en considerar que se trataba de una institución de naturaleza material, con las consecuencias de la posibilidad de apreciación de oficio por el órgano judicial y de la imposibilidad de aplicar retroactivamente las normas nuevas sobre la materia en perjuicio del reo- o bien considerar que la razón de ser fundamental de la prescripción era la necesidad de seguridad jurídica, lo que desembocaba normalmente en el entendimiento de la institución en clave procesal, con la consecuencia de ser necesaria alegación a instancia de parte (como aún prevé la letra del art. 666 LECrim, sustancialmente alterada sin embargo por la jurisprudencia) así como la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas que aumenten los plazos de prescripción o incluso de las que, de forma novedosa, declaren la imprescriptibilidad de un delito.

En cambio, la imprescriptibilidad que hoy predica nuestro Código Penal respecto de determinados delitos, con origen en el ámbito internacional y siendo su referente más seguro los Juicios de Núremberg, se fundamenta en la idea de evitar la impunidad, lo que implícitamente conlleva considerar ilegítimo el régimen político que ha cometido o amparado los crímenes respecto de los que suele predicarse y que sustenta el ordenamiento jurídico que permite la prescripción o que, en definitiva, obstaculiza el enjuiciamiento de los hechos, con el resultado consistente en que los crímenes queden impunes, ya sea mediante la prescripción o mediante otros mecanismos jurídicos.

Tras el estudio de la literatura jurídica y la jurisprudencia sobre el origen y los fundamentos de la posibilidad de prescripción (término que preferimos al de la mera

“prescripción”, que será el resultado) así como de la imprescriptibilidad, hemos llegado a la conclusión de que cabe distinguir tres tipos de imprescriptibilidad:

- la primera es la mera falta de reconocimiento en un ordenamiento jurídico de la posibilidad de prescripción, como ha sido tradicionalmente la regla general en el ámbito del Derecho anglosajón;
- la segunda es la imprescriptibilidad de determinados delitos así reconocida en el ámbito internacional con base en los tratados;
- la tercera es la que se señala en el ámbito de cada ordenamiento interno, para determinados delitos que no son considerados imprescriptibles en el ámbito internacional de los tratados. A ésta última clase pertenecería la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, introducida en España por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, sin que tal previsión responda a la manida necesidad de adaptar la legislación interna a lo previamente acordado en un tratado internacional.

Cada una de estas clases de imprescriptibilidad determina la aplicación de unas reglas en relación con el respeto al principio de legalidad, y como corolario suyo, el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables.

- En un ordenamiento jurídico que no reconozca en absoluto la posibilidad de prescripción de los delitos, no se plantean problemas.
- En cambio, cuando en el ámbito internacional se prevé la imprescriptibilidad de un delito y no así en el ordenamiento interno de un concreto Estado -que permite la prescripción-, cuando se lleva a cabo el enjuiciamiento y se impone el castigo por la comisión de determinados crímenes considerados de extrema gravedad -aplicando un ordenamiento externo en virtud de reglas de Derecho internacional o de Derecho interno aplicado mediante cláusulas de justicia universal-, desde el punto de vista del juzgador, es indiferente que se conculque el principio de legalidad en relación con la legislación interna del Estado que permitía la prescripción, pues no se reconoce la legitimidad del mismo.
- Y si atendemos al ámbito interno de un Estado en el que no se ha producido una ruptura política con el régimen político anterior, no es posible aplicar

retroactivamente normas nuevas sobre prescripción o imprescriptibilidad que resulten más perjudiciales para el reo, so pena de conculcar el principio de legalidad.

De ahí que, siendo la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables un principio generalmente reconocido por las legislaciones -en España incluso a nivel constitucional, en el art. 9.3 CE-, las posibilidades de aplicación retroactiva de las normas que amplían los plazos de prescripción o declaran un delito imprescriptible pasen por declarar ilegítimo el régimen que cometió o amparó los crímenes, y por ello resulta necesario o bien que el proceso y la imposición de la pena provengan del exterior -como se ha dicho, ya de una organización internacional, lo que requerirá que el Estado en cuestión haya otorgado previamente su consentimiento, o ya de un tercer Estado en virtud de cláusulas de justicia universal- o bien, si se trata del mismo Estado, será necesario que previamente se haya producido una ruptura con el régimen anterior. En caso contrario, se estaría vulnerando directamente el principio de legalidad, del que dimana el de irretroactividad de normas desfavorables, pues del estudio conjunto de la prescripción y la imprescriptibilidad en el Código Penal, atendiendo asimismo a su ubicación en la Parte General del Código, se desprende que la posibilidad de prescripción de un delito es una característica del mismo que afecta a su punibilidad, integrando elementos de la Parte Especial (la descripción del hecho punible y la pena que lleva aparejada) y de Parte General (el plazo de prescripción asignado en función de la pena señalada en la Parte Especial).

Si prescripción e imprescriptibilidad se integran así en el concepto de “ley penal”, debe considerarse superada, como creemos demostrado, la discusión acerca de la “naturaleza jurídica” de la prescripción, que tradicionalmente se había planteado en términos que no tenían en cuenta la imprescriptibilidad. Por lo general, la prescripción era considerada una institución de Parte General del Código Penal, que se estudiaba sin conexión con la regulación de los distintos delitos en el Parte Especial y se consideraba ineludible, en el sentido de que todos los delitos, en un plazo u otro, debían poder prescribir, salvo cuando se trataba de delitos previamente declarados imprescriptibles en el Derecho internacional. Sin embargo, resulta más fructífero pensar en la posibilidad de prescripción o “prescriptibilidad” como una cualidad de un delito que permite que se alcance la prescripción cuando haya transcurrido un tiempo determinado desde su comisión, unido a la inactividad procesal. A esta conclusión se llega partiendo de la

consideración de que las Partes Generales de los Códigos son los puntos donde el sistema se unifica, a las que se llega a través de un proceso inductivo. Resulta así claro que, al afirmar que la prescripción es una institución cuyo efecto es extinguir la responsabilidad criminal (presuponiendo así que existe aunque no se haya declarado judicialmente) lo que se quiere decir es que cada uno de los delitos tipificados en el Código Penal (salvo los expresamente imprescriptibles), prescribirán si transcurre sin actividad procesal el plazo de tiempo que se le haya señalado. Y así, en tal idea se encuentra implícito que el delito de homicidio tipificado en el art. 138 CP y el asesinato tipificado en el art. 139 CP prescriben a los veinte años, las lesiones de los arts. 147 y 148 CP a los cinco años (o a los quince si como establece el art. 149 CP supusieran un menoscabo esencial de la integridad corporal del lesionado), etc. Incluir todas estas precisiones tras cada uno de los tipos de la Parte Especial habría dado lugar a una redacción del Código de una extensión mucho mayor. Y por eso, en lugar de añadir a cada tipo penal una cláusula del tipo: “este delito prescribirá a los x años”, el legislador optó en su día por condensar la regulación legal de la posibilidad de prescripción de los distintos delitos en un único artículo ubicado en la Parte General. La inercia ha conducido al mantenimiento de esta forma de legislar, lo cual, sin embargo, no ha sido óbice para que dentro de la misma regulación de Parte General, se señale la imprescriptibilidad de delitos concretos, en un principio obedeciendo a la necesidad de cumplir con los Tratados internacionales suscritos por España, y luego señalando, con la reforma del Código Penal de 2010, la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Derecho penal, a diferencia de lo que sucede con el Derecho civil, no puede realizarse si no es mediante el cauce del proceso. De este modo, aunque el Derecho procesal penal tiene una cierta autonomía derivada de las reglas y principios que lo disciplinan como objeto de estudio, no existe una separación radical entre Derecho penal sustantivo y el procesal.

Así, tanto la posibilidad de prescripción o “prescriptibilidad” como la imprescriptibilidad de los delitos se ven afectadas por la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas que modifiquen su régimen legal en perjuicio del reo, que es corolario del de legalidad, y que ha de ser respetado si no quiere provocarse una ruptura jurídico-política con el régimen anterior que permitía la prescripción, por más que los crímenes que se pretendan castigar mediante la modificación de la legalidad positiva

interna o mediante la aplicación de normas jurídicas externas resulten especialmente odiosos.

La concepción unitaria de la posibilidad de “prescriptibilidad” e imprescriptibilidad como cualidad de cada delito explica además que el legislador pueda configurar cada uno de los previstos en el Código como susceptible o no de prescripción, no habiendo, por otro lado, impedimento alguno desde el punto de vista constitucional, y sin que exista tampoco razón para pensar que únicamente pueden declararse imprescriptibles en un ordenamiento jurídico estatal los crímenes que previamente hayan sido así declarados en un tratado internacional.

3ª Asimismo, desde el punto de vista dogmático, el hecho de que no se haya llegado a producir la prescripción de un delito, por no haber transcurrido un determinado periodo de tiempo desde su comisión, unido a la inactividad procesal en los términos legalmente previstos, en lugar de un óbice de procedibilidad, como viene siendo considerado por la doctrina, debería tratarse como un óbice de punibilidad.

Con la regulación actual de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el juego de los arts. 666 y 675 LECrim, una vez constatada la prescripción del delito antes de la celebración del juicio oral, queda excluida la posibilidad de continuar el proceso. Sin embargo, si se atiende a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desde 1963 viene considerando que la prescripción como institución tiene un carácter esencialmente sustantivo o material -modificando así sustancialmente el espíritu del art. 666 LECrim por más que su redacción siga siendo la misma que cuando se aprobó la norma procesal en 1882- y asimismo se tienen en cuenta las funciones de protección de las víctimas y reconocimiento de su dignidad que el moderno proceso penal, en contraposición con nociones anteriores del mismo -que sólo o esencialmente atendían a la figura del delincuente-, está llamado a cumplir, no hay razón para estimar que el hecho de que se haya alcanzado la prescripción tenga que imposibilitar la celebración del juicio para la consecución de otras finalidades legítimas.

Claro que para ello, se hace necesaria una revisión de las normas procesales de modo que la LECrim, contrariamente a lo que en la actualidad dispone el juego de sus arts. 666 y 675, permita el enjuiciamiento de los crímenes, siquiera de los más graves,

aunque finalmente y en virtud de criterios previamente tasados -similares a los que ya existen en orden a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad-, pudiera no ejecutarse la pena, para que las víctimas puedan ver satisfechas las responsabilidades civiles en el mismo proceso penal y para que se satisfaga su derecho a conocer la verdad de lo sucedido. Tal regulación permitiría al Juez apreciar en el caso concreto la concurrencia o no de los fundamentos en los que tradicionalmente se ha fundado la prescripción según la literatura jurídica, fundamentalmente la presunta enmienda del reo que, en definitiva, haría innecesaria la pena y que hoy por hoy, al no poder el Juez valorar tales circunstancias, no es más que una presunción que la ley impone de modo general por el mero transcurso del tiempo.

4ª La prescripción se ha fundamentado tradicionalmente, junto con la necesidad de seguridad jurídica, en la falta de necesidad de pena, que habría desaparecido por razón del tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, de modo que la pena ya no puede desplegar sus efectos de prevención general y especial, positiva y negativa respectivamente, entendiéndose la pena impuesta tardíamente resulta injusta.

Pero tratándose de delitos de terrorismo, las teorías que fundamentan la prescripción en la imposibilidad de que la pena despliegue ya sus efectos de prevención general resultan inaplicables. En relación con la prevención general, debe tenerse en cuenta que las normas antiterroristas no se promulgan para la intimidación general (prevención general negativa), pues los autores de tales crímenes presentan unas determinadas características criminógenas que por lo general les hacen inmunes a tal tipo de intimidación. Asimismo, desde el punto de vista de la prevención general positiva o reafirmación del Derecho, tratándose de tal clase de delitos, la pena seguirá siendo necesaria, fundamentalmente porque se trata de crímenes que afectan indirectamente al conjunto de la sociedad (de ahí el carácter vicario de las víctimas del terrorismo) y los medios de comunicación se encargarán por lo general de mantener vivo el recuerdo del hecho.

Si prescindimos de las teorías meramente retributivas, la imprescriptibilidad de estos crímenes puede fundarse sencillamente en la falta de fundamento para la prescripción.

Ahora bien, en atención a ello, no se entiende que la previsión de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, introducida en el Código Penal español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se limite únicamente a aquellos casos en que se haya producido el resultado de la muerte de una persona. La interpretación gramatical y restrictiva, obligada por tratarse de una norma penal, excluye así los delitos de homicidio o asesinato terrorista cuya ejecución haya quedado en grado de tentativa, así como los que hubiesen producido lesiones graves e incluso los que por medio de la extorsión hayan no sólo perseguido sino incluso quizás alcanzado cualquier finalidad terrorista de las previstas en el art. 573 del Código Penal, sin haber llegado a matar.

Por otro lado, habiéndose justificado también tradicionalmente la prescripción de los delitos en la necesidad de seguridad jurídica, tal fundamento queda desvirtuado por la previsión de imprescriptibilidad de determinados delitos, como los de terrorismo con resultado de muerte, pues lo cierto es que lo que aporta mayor certeza es saber que el delito podrá perseguirse con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión, en contraste con la incertidumbre que provoca la posibilidad de prescripción.

5ª Desde el punto de vista constitucional, la declaración de imprescriptibilidad de determinados delitos, como los de terrorismo con resultado de muerte, es una medida legal posible, dado que la Constitución no impone la existencia de la prescripción, quedando en manos del legislador ordinario (no constituyente) la regulación de la institución, sin que pueda considerarse que tal norma vulnera los principios de proporcionalidad o de igualdad si se atiende a la pluralidad de bienes jurídicos a los que afecta el terrorismo, así como al valor de los mismos, a los efectos que produce el terrorismo en la sociedad y al carácter vicario de las víctimas.

Asimismo, no hay razón para que la tipificación de un delito como imprescriptible en el ordenamiento español requiera que previamente se haya reconocido así en un tratado internacional, lo que supondría una injustificada limitación de la soberanía de España.

6ª Sin perjuicio de lo anterior, si se atiende a la significación política de los delitos de terrorismo, así como a que el plazo de prescripción de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona con anterioridad a la norma que introdujo la imprescriptibilidad era ya de 20 años y a que la medida no podrá ser aplicada retroactivamente a crímenes cometidos antes de la entrada en vigor de la norma (el 23 de diciembre de 2010, al cumplirse seis meses de su completa publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica 5/2010), so pena de quebrar el principio de legalidad, resulta claro que los efectos simbólicos de la norma se presentan mucho más relevantes que los efectos prácticos.

Ello no significa, sin embargo, que se trate de una norma inútil, máxime tratándose de una previsión contra el terrorismo, al que precisamente también hay que ganar la batalla en el terreno de los símbolos, pues también simbólicas son las víctimas, elegidas las más veces al azar precisamente por las cualidades que representan, atacando así, a través de ellas, al conjunto de la sociedad, que necesita al menos la certeza de que tales crímenes serán perseguidos con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión.

7ª Ahora bien, que primen los efectos simbólicos tampoco significa que no puedan extraerse determinadas posibilidades de aplicación práctica de la norma, que quizás ni siquiera fuesen previstas por el legislador. Por ejemplo:

- El elemento estructural característico de los delitos de terrorismo, que no ha sido suprimido por la reforma del Código Penal de 2015, permite la interrupción de la prescripción mediante la imputación del delito al grupo u organización terrorista, que actúa a modo de centro de imputación, aunque el autor concreto no haya sido plenamente identificado.
- La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte determina la imprescriptibilidad también de los delitos conexos, en aplicación de las reglas previstas en el art. 17 LECrim.
- La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte será también predicable cuando se trate de “autores intelectuales”, por su

participación mediata en los delitos de terrorismo que hubieren producido el resultado de muerte, lo que resulta especialmente útil en relación con el terrorismo yihadista, cuyo *modus operandi* consiste en numerosas ocasiones en atentados suicidas.

CONCLUSIONS

1^a. The term “terrorism” is a historical concept, with a strong pejorative connotation, that has been used in different historical places and times by those who pretends to delegitimize violent actions committed for political purposes. That is why it is so difficult to define, and there is no universally agreed upon definition at the international level. The term was born in the French Revolution, when Jacobins raised to power in France, and the period called Terror (*La Terreur*) began. The word was used to designate the activity of anyone trying to promote their ideas through a system of coercion based on fear.

At the international level, despite the several attempts to reach agreement, a generally accepted definition of the phenomenon has not been reached. However, it does not make it impossible that in every domestic legal system there is an operative concept of the term that allows every State to face this phenomenon without -at least in appearance-, breach of the principle of legality. And we say “in appearance” because, ultimately, it is up to the one who holds the power to qualify a particular fact as a crime of terrorism, especially when the law does not define terrorist conduct with complete precision. There are, therefore, fuzzy limits. For example, in Spain, according to the amendment of the Criminal Code carried out by Organic Laws 1 and 2/2015, of 30 March, the use of the indeterminate legal concept “public peace” both in relation to public disorders established in article 557 of the Criminal Code and in relation to the crimes of terrorism established in articles 573 et seq., determines a scope of factual qualification which seems too broad.

In any case, we have come to the conclusion that the legal concept of terrorism in Spanish law refers to terrorism of a subversive kind, which excludes the possibility of considering terrorist crimes the denominated “state terrorism”. However, this does not mean that the legal provisions on terrorism can be only applied to so-called

“revolutionary” or “left-wing” terrorism. It can also be applied, without breaking the law, to “reactionary” or “right-wing” terrorism.

Terrorism, in any case, is a factor of distortion of the legal system, since in order to combat it every single State has implemented many special rules embedded in the general rules. In Spain, after the entry into force of the Constitution of 1978, although these kind of rules are under the protection of its article 55.2 and consequently they should have an exceptional character, their permanence in time allows us to speak about a true “subsystem” of criminal law with vocation of permanence.

However, such permanence does not imply invariability. In Spain, the first anti-terrorist regulation was passed to combating anarchist terrorism. However, the anti-terrorist legislation of recent years has been enacted with the main objective of combating ETA, but it was nevertheless insufficient to combating the phenomenon of jihadist terrorism. For this reason, the Spanish Criminal Code was profoundly amended in 2015, through Organic Law 2/2015, of March 30, of amendment of the Criminal Code in the matter of terrorism, and whose “Explanatory Statement” points to this phenomenon. But in any case, the new regulation maintains the two main axes around which the legal regulation of terrorist phenomenon has been kept: a structural objective element characterized by belonging to or acting at the service of or in the interest of an organization or group -which does not disappear even though the new regulation facilitates the punishment of terrorists inspired by jihadism or that can not be linked to an organization - and a subjective element, aimed at achieving -generally speaking-, of a political purpose, although now the Criminal Code is more responsive to the immediate effects produced by the criminal action than to the ultimate end. We believe that this because of the practical difficulty of attributing to a jihadist the pursuit of a specific political purpose, or to avoid in the Criminal Code the mention to religious purposes, even though politics and religion are inseparable in Islam. If, with respect to ETA -with its well defined and widely studied structure-, it was clear that they intended the secession of part of Spanish territory (and hence the subjective terrorist purpose of “subverting the constitutional order” which together “alters the public peace seriously” were the two possible terrorist purposes until the amendment of the Criminal Code in 2015) when the Criminal Code was amended to be accommodated to the necessary combat against jihadist terrorism -with a less defined structure-, the legislator has

preferred to attend to the immediate results produced by the attack (such as “provoking a state of terror produced in the population or part of it”) than to the last purpose intimately pursued by the terrorist.

Likewise, the great modification of the regulation of the crimes of terrorism carried out by Organic Law 2/2015, of March 30, of amendment of the Criminal Code, in relation to non-applicability of statutory limitations to crimes of terrorism that caused the death of a person (introduced by Organic Law 5/2010, dated June 22), shows how, when interpreting law, we have to attend preferably to the objective meaning of the law, and not the subjectively meaning wanted by the legislator. In this way, we have to keep in mind that the rule remains in the legal system and should be applied to criminal acts perhaps different from those originally foreseen by the legislator. The Spanish rule that establishes the non-applicability of statute of limitation to terrorism-related offenses resulting in death was approved at a time when ETA was the main terrorist concern, as it is clear from the view of parliamentary debates prior to its approval (notwithstanding the attacks of 11 March 2004 in Madrid) and yet, in the future, the rule seems to be fundamentally applicable to jihadist attacks.

2^a. Regarding to the statute of limitations, after the historical reconstruction of the figure, which can be traced back to the discourses of the Greeks Demosthenes and Lysias, we can say that it is an institution with a long historical tradition that, although it is valued in the legal and academic areas, is not regarded with sympathy by the common society.

In Spanish codified legislation, the legal regulation of the statute of limitations for crimes has undergone many changes and ups and downs since it was regulated in the first Spanish Criminal Code of 1822, being remarkable, in recent years, the radical change implemented through the Organic Law 5/2010, dated June 22, the same that established the non-applicability of the statute of limitations for terrorist crimes that caused the death of a person.

However, although there has been a long discussion about the grounds and the “nature” of the statute of limitations, the “nature of non-applicability of statutory limitations” has not been studied so thoroughly, maybe because in the field of

continental law systems, unlike common law systems, the statutory limitations are the general rule.

Thus, it has been customary in doctrine and in case law to consider that the statute of limitations was based either on the lack of need for punishment because of the time elapsed since the commission of the offense -which normally led to the conclusion that it was an institution with a substantive or material nature, with the consequences of the possibility of appreciation *ex officio* by the judicial body and the impossibility of applying the new rules on the matter to disadvantage of offender retroactively- or to consider that the basic reason for the existence of the statute of limitations was the need for legal certainty, which normally leads to the understanding of the institution in procedural terms, with the consequence that a complain is necessary dismissed at the request of the party (as it is still envisaged in article 666 of the Criminal Procedure Code, substantially amended by case law) as well as retroactive application of rules which increase the limitation periods or even which, in a novel way, declare the non-applicability of statutory limitations to a certain crime.

On the other hand, the non-applicability of statutory limitations that our Criminal Code states for certain crimes -which was born in the international level and whose most reliable reference are the Nuremberg Trials-, is based on the idea of preventing impunity, which implicitly implies to consider that the political regime that committed or gave coverage to the crimes and supports the legal system that allows the statute of limitation or obstructs the prosecution, is an illegitimate regime.

After the study of the origin and basis of the possibility of applying statute of limitations and non-applicability of statutory limitations, we have concluded that it is possible to distinguish three kinds of non-applicability of statutory limitations:

- The first is the mere ignorance of the statute of limitations in a legal system, as it is the general rule in Anglo-Saxon law;
- The second is the non-applicability of statutory limitations recognized at the international level based on treaties;
- The third is the one that is indicated in each domestic legal system, for certain crimes that are not subject to statutory limitations. The non-applicability of limitations to the crimes of terrorism resulting in death,

introduced in Spain by Organic Law 5/2010, of 22 June, belongs to this kind and it does not respond to the needs to adapt domestic legislation to what was previously agreed in an international treaty.

Each of these kinds of non-applicability of statutory limitations determines the application of different rules regarding the respect for the principle of legality, and as a corollary, the principle of non-retroactivity of unfavorable criminal rules to disadvantage of offender.

- In a standard system, which does not recognize the possibility of statutory limitations at all, there are no problems.
- When in the international level the statute of limitations for an offense is prohibited, and not in the domestic legal system of a specific State, which allows the statute of limitations, when the prosecution and punishment of certain crimes is performed, -applying an external legal system based on rules of international law or domestic law applied by clauses of universal justice - from the point of view of the State or organization that judges, it is indifferent to violate the principle of legality of the State that allows the statute of limitations, since the legitimacy of that domestic legal system was not recognized.
- And if we attend to the domestic level of a State where there has not been a political rupture with the previous regime, it is not possible to apply rules on statute of limitations or non-applicability of statutory limitations to disadvantage of offender retroactively, under penalty of breaking the principle of legality.

Hence, since the non-retroactivity of the criminal legal provisions to disadvantage of offender is a generally recognized principle - in Spain even at the constitutional level, in article 9.3 of the Constitution -, the possibility of application of rules extending limitation periods or declaring an offense not subject to the non-applicability of statute of limitations retroactively presupposes to consider that the regime that has committed or has given coverage to the crimes is illegitimate, and because of that reason, the prosecution and the punishment have to be imposed by an international organization -which will require that the State had previously given its consent-, or by a third State in application of clauses of universal justice (or whether it

is the same State, it will be necessary a rupture with the previous political regime). Otherwise, it would be directly violating the principle of legality, whose consequence is the non-retroactivity of rules to disadvantage of offender, because of the joint study of statute of limitations and non-statute of limitations in the Criminal Code -also taking into account its location in the General Part of the Criminal Code-, it is clear that the possibility or not of applying the statute of limitations for an offense is a characteristic of every legal definition of crime that affects to the possibility of punish it, so it is a requirement for punishment, that integrates elements from the Special Part of the Criminal Code (the description of the punishable action and the penalty that it carries) and from the General Part of the Criminal Code (the statutory period of time according to the penalty indicated in the Special Part).

If statute of limitations and non-applicability of statutory limitations are included in the concept of “criminal law”, the discussion about the “legal nature” of the statute of limitations -which traditionally has been raised in terms that did not care about non-applicability of statutory limitations-, should be considered outdated. In general, the statute of limitations was considered an institution of the General Part of the Criminal Code, which has been studied without connection with the regulation of the different legal descriptions of crimes in the Special Part, and has been considered inescapable, except in cases of crimes previously declared not subject to a statute of limitations in the International Law. Likewise, it is more fruitful to think about the possibility of applying a statute of limitation as a characteristic of every legal description of the crime that, if stated in law, leads to not to punish the crime when a certain period of time has elapsed since its commission, together with procedural inactivity. This conclusion comes from the consideration that the General Parts of the Codes are the points where the system is unified, which is reached through an inductive process. It is thus clear that the statute of limitations is an institution whose effect is to extinguish criminal responsibility (assuming that it exists even if it has not been declared in court) and it means that each of the offenses punishable by the Criminal Code -except those expressly declared not subject to statutory limitations-, will be subject to statutory limitation if there is no procedural activity during the indicated period of time. And so, in this idea it is implicit that the crime of homicide typified in article 138 of the Criminal Code and the murder typified in article 139 of the Criminal Code is subject to the statute limitations of twenty years, the injuries of articles 147 and 148 of the Criminal Code are subject to the statute

limitations of five years (or fifteen years if it comes to the crime established in article 149 of the Criminal Code), etc. Including all these legal provisions after every one of the crimes described in the Special Part of the Criminal Code would have led to a much larger wording of the Code. That is why, instead of adding to the legal definition of each crime a clause of the type: “this crime will be subject to the statutory limitation of x years”, the legislator decided to condense the regulation of that possibility for the different crimes in a single item located in the General Part of the Criminal Code. The inertia has led to the maintenance of this way of passing laws, which, however, has not been an obstacle to the fact that within the same regulation of the General Part, the non-applicability of statutory limitations to some crimes is indicated, initially obeying to the need to comply with the international treaties signed by Spain, and then indicating -with the reform of the Criminal Code in 2010-, the non-applicability of statutory limitations to crimes of terrorism that caused the death of a person.

It should also be borne in mind that criminal law, unlike civil law, cannot be carried out unless it is through the process. Thus, although the criminal procedural law has a certain autonomy derived from the rules and principles that govern it as an object of study, there is no radical separation between substantive and procedural criminal law.

In this way, both the possibility of applying “statute of limitations” and the non-applicability of statutory limitations to crimes are affected by the impossibility of retroactive application of the rules that modify the legal to disadvantage of offender, which is a corollary of the principle of legality, and must be respected if we do not want to produce a juridical-political rupture with the previous regime that allowed the statute of limitations, even if the crimes that are intended to be punished by modifying the positive domestic legality or by the application of external legal rules are especially hateful.

The unitary conception of the possibility of applying a statute of limitations and the non-applicability of statutory limitations as a characteristic of each legal description of a crime also explains that the legislator can configure each one as susceptible or not of being subject to a statute limitations, and there is no reason, from the constitutional point of view, to think that only crimes that have previously been declared not subject to a statute of limitations in an international treaty can be declared non subject to statutory limitations in a domestic legal system.

3^a. Likewise, from the dogmatic point of view, the fact that the statutory period has not been reached, instead of an obstacle to the process -as it is considered by the doctrine-, should be considered an obstacle to punishment.

With the current regulation of the Spanish Criminal Procedure Law, according to the set of articles 666 and 675 of the Criminal Procedure Code, once confirmed that the statutory period has been reached before the trial, the possibility that judicial proceedings may continue is excluded. However, if we consider that the jurisprudence of the Supreme Court, since 1963, has estimated that the statute of limitations in Spanish law is an institution that has an essentially substantive or material character, modifying in a important way the spirit of article 666 of the Criminal Procedure Code even though its wording remains the same as when the procedural rule was passed in 1882; and if we also care about the functions of protection for victims and recognition of their dignity that the modern criminal process is called to carry out (as opposed to previous notions of the criminal process, which was only or essentially addressed to the figure of the offender), there is no reason to understand that the fact that the statutory period has been reached has to drive to the end of the trial, preventing other legitim purposes.

Of course, to do so, it is necessary to review the procedural rules so that the of the Criminal Procedure Code, contrary to what currently disposes the set of its articles 666 and 675, allows the prosecution of crimes, even the most serious of them, although finally, and in application of previously established criteria, similar to those already existing in order to suspend the execution of custodial sentences, the penalty could be not executed, so that the victims can be compensated in the same criminal process for the satisfying of their right to know the truth of what happened. Such a regulation would allow the judge to assess, in the specific case, whether the grounds on which the statute of limitations has traditionally been based on legal literature (fundamentally the alleged amendment of the accused, which would ultimately make the sentence unnecessary and today is just a presumption that the law imposes in a general) exists or not.

4^a. Statute of limitations has traditionally been based on a lack of need for punishment, which would have disappeared because of the time elapsed since the crime was committed, so that the penalty can no longer play its effects of general and special positive and negative prevention, respectively, so that the legal literatura think that a late punishment would be unfair.

But in the case of terrorism-related offenses, if one ignores the merely retributive penalty theories, the classical theories that base the statute of limitations on the inability of the penalty to play its effects are inapplicable.

In relation to general prevention, it should be kept in mind that anti-terrorist laws are not passed for general intimidation (general negative prevention), since the perpetrators of such crimes present certain criminal characteristics that generally make them immune to such kind of intimidation. Likewise, from the point of view of general positive prevention or reaffirmation of the law, punishment will still be necessary when it comes to such crimes, fundamentally because that crimes indirectly affect the society as a whole (hence the vicarious character of the victims of terrorism) and the media will generally be in charge of keeping alive the memory of the event.

The non applicability of statutory limitations to these crimes, therefore, can be based just on the lack of grounds for the statute of limitations.

However, in view of the above considerations, it does not seem reasonable that that the legal provision stating the non-applicability of statutory limitations to terrorist crimes resulting in death, introduced into the Spanish Criminal Code by Organic Law 5/2010, of June 22, is limited only to those cases in which the result of the death of a person has actually occurred. The grammatical and restrictive interpretation -which is obligatory because it is a criminal law-, excludes from the scope of the rule those crimes of terrorist murder whose execution has just been attempted, as well as those that have caused serious injuries and even those that, through extortion, have pretended and even perhaps achieved any terrorist purpose of those indicated in article 573 of the Criminal Code, without having come to kill.

On the other hand, having that the statute of limitations for crimes has been traditionally justified in the need of legal certainty, such a ground is devalued by the provision of non-statute of limitations for certain crimes -just like it happens with

crimes of terrorism resulting in death-, since the truth is that the non-applicability of statutory limitations to crimes provides greater legal certainty because it allows to affirm that the crime will be prosecuted regardless of the time elapsed since it was committed.

5^a. From the constitutional point of view, a declaration of non-applicability of statutory limitations to certain crimes, such as those of terrorism with the result of death, is a possible legal provision according to Spanish law, since the Constitution does not impose the existence of statutes of limitations, leaving to the ordinary legislator (non-constitutional) the regulation of the institution, and it is not possible to consider that such a legal provision violate the principles of proportionality or equality if we consider the plurality of legal goods affected by terrorism, the value of such goods, the effects that terrorism produces in society and the vicarious character of the victims.

Likewise, there is no reason why the non-applicability of statutes of limitations to a crime in Spanish law require previously to have been recognized in an international treaty, which would imply an unjustified limitation of the sovereignty of Spain.

6^a. Notwithstanding the foregoing, if we pay attention to the political meaning of terrorism-related offenses, and to the fact that the previous statutory period of time for the crimes of terrorism that caused the death of a person before the Organic Law 5/2010 was 20 years and the rule cannot be applied retroactively to crimes committed prior to the entry into force of the rule (on December 23, 2010, six months after its complete publication in the “Official State Gazette”, according to the Seventh Final Provision of Organic Law 5/2010), under penalty of breaking the principle of legality, it is clear that the symbolic effects of this legal provision are much more relevant than the practical effects.

This does not mean, however, that this is a useless rule, especially as it is a provision against terrorism, which is just passed to win the battle in the field of symbols, because also the victims are symbolic, and they represent the whole of society,

which need at least the certainty that such crimes will be prosecuted regardless the time elapsed since they were committed.

7^a. However, the primacy of symbolic effects does not mean that the rule stating the non applicability of statutory limitations to terrorism does not have possibilities of practical application. For example:

- The structural element characteristic of terrorism-related offenses, which has not been suppressed by the amendment of the Criminal Code in 2015, allows the interruption of the statute of limitations period by imputing the crime to the terrorist group or organization, acting as an imputation center, even if the specific author has not been fully identified.
- The non-applicability of the statute of limitations for terrorism-related offenses resulting in death has the consequence that related offenses will not be either subject to statutes of limitations, according to article 17 of the Criminal Procedure Code.
- The non-applicability of the statute of limitations for terrorism-related offenses resulting in death may also be applicable in the case of “intellectual perpetrators” for their mediating participation in terrorism-related offenses resulting in death, which is particularly useful in relation to jihadist terrorism, whose *modus operandi* consists many times in suicide attacks.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

AUTORES. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

ABELLÁN MATESANZ, MARÍA ISABEL: «Sinopsis del art. 55 de la Constitución» (actualizado por Sara Sieira), en la página web del Congreso de los Diputados. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2>

AGUILERA DE PAZ, ENRIQUE: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Reus, Madrid, 1924, Tomo V, págs. 199-214.

AIZPEOLEA, LUIS R.: «Sin verdad compartida sobre ETA», Diario “El País” el 13 de febrero de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/12/actualidad/1423764631_514411.html

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La prescripción extintiva*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: «Los fines del Derecho Penal: una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, págs. 365-588. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1998-10036500588

ALONSO PASCUAL, ROGELIO: «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», en *La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional*, Cuadernos de estrategia del Ministerio de Defensa 141. Instituto Español de Estudios Estratégicos. Grupo de Trabajo número 07/08. http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=27832

- «El terrorismo», en *Estudios sobre la violencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 21-34.

ALONSO, ROGELIO – DOMÍNGUEZ, FLORENCIO – GARCÍA REY, MARCOS: *Vidas rotas: La historia de los hombres, las mujeres y los niños víctimas de ETA*, Espasa, 2010.

ALONSO-FERNÁNDEZ, FRANCISCO: «La victimización del terrorismo», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, VV.AA., Editorial Comares, Granada, 2009, págs. 147-155.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE - GONZÁLEZ, HORTENSIA: «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Área: Terrorismo Internacional - ARI N° 7/2006. Fecha 19/01/2006.

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 3, 1993, págs. 1009-1030.

ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1930.

- «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, Tomo II.
- «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, págs. 473-495.
- «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, págs. 229-252.

APARICIO-ORDÁS GONZÁLEZ-GARCÍA, LUIS A. – FANJUL FERNÁNDEZ, M^a LUISA: «La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista», *Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública*. n° 53, Dirección General de la Guardia Civil, 2016. <http://iuisi.es/wp-content/uploads/2016/10/Cuadernos-n53.pdf>

ARROYO AMAYUELAS, ESTHER: «Efectos de la prescripción extintiva», en *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 252-253.

ASÚA BATARRITA, ADELA: «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental». Publicado en

Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón, coord. Echano Basaldua, J., Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 41-85.

AVILÉS FARRÉS, JUAN: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*, Arco Libros, Madrid, 2010.

- «De la yihad clásica al terrorismo yihadí», Revista de Historia Militar, Ministerio de Defensa, número extraordinario, 2009, págs. 199-223.
http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=75105

AZNAREZ TORRALVO, MALEN: «¿Terrorismo islamista?», publicado en el Diario “El País”, el 28 de marzo de 2004.
http://elpais.com/diario/2004/03/28/opinion/1080428407_850215.html

BANACLOCHE PALAO, JULIO: «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», Revista de derecho procesal, ISSN 0213-1137, N° 2, 1997, págs. 281-320.

BECCARIA, CESARE: *Tratado de los delitos y de las penas*. Para este trabajo, Para este trabajo, se ha manejado la edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.

BENEGAS HADDAD, JOSÉ MARÍA: *Diccionario de Terrorismo*, Espasa, Madrid, 2004.

BENTHAM, JEREMY: *Teoría de las penas y de las recompensas*, Tomo I, Barcelona, 1838.

- *Tratados de legislación civil y penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981.

BENVENISTE, EMILE: *Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas*, Taurus, Madrid, 1983.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de derecho civil, Derecho privado y derecho de la persona*, ed. Bercal, 5ª edición, 2011.

BUENO ARÚS, FRANCISCO: *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*,

monografías Tirant, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

- «El delito político y la extradición en la legislación española», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Número 1.561, de 25 de abril de 1990, págs. 90-100.
- «Principios generales de la legislación antiterrorista», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ISSN 0210-1076, N°. Extra 11, 1986 (Ejemplar dedicado a: *Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*), págs. 135-146.

BULYGIN, EUGENIO: *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, 1963.

BURKE, EDMUN: *The works of the Right Honourable EDMUN BURKE*, Boston, 1826, reimpreso de la última edición de Londres.
<https://books.google.es/books?id=AvQoAAAAYAAJ&pg=PA63&lpg=PA63&dq=burke+thousands+of+those+hell-hounds+called+terrorists&source=bl&ots=2vU5emLvQX&sig=1v1wQlzh3xc9MzD1TZndAvHt1M&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0i5311MTRAhWHzxQKHf06BBMQ6AEIKjAC#v=onepage&q=burke%20thousands%20of%20those%20hell-hounds%20called%20terrorists&f=false>

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ: *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ - HORMAZÁBAL MALAREÉ, HERNÁN: *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

CALSAMIGLIA, ALBERT: «Sobre el principio de igualdad», en *El fundamento de los derechos humanos* (Javier Muguerza y otros autores, edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez, Editorial Debate, Madrid, 1989).

CAMPDERRICH BRAVO, RAMÓN: «Poder, ideología y Derecho en el régimen nazi: una visión de conjunto», en F. Javier Blázquez Ruiz (coord.): *Nazismo, Derecho, Estado*, págs. 29-51 (46), Dykinson, Madrid, 2014.

CAMPS, VICTORIA: «El descubrimiento de los Derechos humanos», en *El*

fundamento de los derechos humanos (JAVIER MUGUERZA y otros autores, edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez, Editorial Debate, Madrid, 1989, págs. 111-117).

CANCIO MELÍA, MANUEL: «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. - CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003, págs. 57-102 (94-97).

- «Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho», en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, coordinado por MANUEL CANCIO MELIÁ y LAURA POZUELO PÉREZ, pág. 324.

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL: *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*, Dykinson, Madrid, 2012.

CANOSA USERA, RAÚL - GONZÁLEZ ESCUDERO, ÁNGELA: «Sinopsis del art. 25 de la Constitución Española», Página web del Congreso de los Diputados. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>

CAPITA REMEZAL, MARIO: *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008.

- «Terrorismo y principio de justicia universal», en *El Principio de justicia universal: fundamento y límites* (dir. Ana Isabel Pérez Cepeda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 351-389.

CARRARA, FRANCESCO: *Opuscoli di Diritto Criminale*, 4ª ed., Prato, 1885.

- «Interrupción de la prescripción penal», *Opúsculos de derecho criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

CARRIÓ, GENARO RUBÉN: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

CARROLL, LEWIS: *A través del Espejo*, Ediciones del Sur, Córdoba, Argentina. <https://www.ucm.es/data/cont/docs/119-2014-02-19-Carroll.ATravesDelEspajo.pdf>

CASALS, XAVIER: *La transición española, El voto ignorado de las armas*, Editorial Pasado y Presente, Barcelona, 2016.

CASTAÑO, SERGIO RAÚL: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto. Una reflexión desde el derecho natural clásico». *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 8. 2007, págs. 87-113.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Madrid, Tecnos, 1992.

CERRADA MORENO, MANUEL: «Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: límites al derecho de defensa», en la base de datos para suscriptores de “elderecho.com”, en noviembre 2011, con la referencia EDB 2011/296325. También accesible públicamente en: http://www.elderecho.com/penal/Derecho-intervencioncomunicaciones-limites-derecho_11_353305001.html.

CHOCLÁN MONTALVO: «Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal», Madrid, Colex, 1997.

- «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada. ¿Un modelo de excepción?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 488, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2001. También en aranzadidigital.es con referencia BIB 2001, 625.

COBO DEL ROSAL, MANUEL: *Tratado de Derecho procesal penal español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008.

- «Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal», en *Estudios penales*, Madrid, 1948.
- «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, págs. 10-53. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293>

COBO DEL ROSAL, MANUEL - VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CÓRDOBA RODA, JUAN – DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO y otros: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, Tomo II, págs. 673-674.

CUELLO CALÓN, EUGENIO: *El nuevo Código Penal español*, Barcelona, 1929.

- *Derecho Penal, Parte General*, 18ª edición revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

DARNSTÄDT, THOMAS: «La Justicia Universal empezó en Núremberg», *Revista Ahora*, Número 9, de 13/11/2015. Traducción de Manuel Arias Maldonado.
<https://www.ahorasemanal.es/la-justicia-universal-empezo-en-nuremberg>

DE LA CORTE IBAÑEZ, LUIS: *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006, Alianza Editorial.

DE LA OLIVA, ANDRÉS: «El invento de la Audiencia Nacional», *Actualidad Económica*, nº 1036, 1977.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, JOSÉ: «La guerra subversiva o revolucionaria», en *Guerra, Moral y Derecho*, varios autores, Editorial Actas, Madrid, 1994, págs. 137 y ss.

DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1978.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, MANUEL: «Sinopsis del art. 2 de la Constitución», Página web oficial del Congreso de los Diputados realizada por en junio de 2005. Página web del Congreso de los Diputados
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=2&tipo=2>

DEMÓSTENES: *Discursos Políticos*. Obras Maestras. Editorial Iberia, Barcelona, edición de 1969.

DÍAZ DE VELASCO, MANUEL: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª edición, Tecnos, Madrid, 2003.

DÍAZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER: «Los delitos de terrorismo y la creación de la Audiencia Nacional (1977-1978)», en *La transición a la democracia en España*:

actas de las VI Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos, Guadalajara, 4-7 de noviembre de 2003, Vol. 2, 2004 (COMUNICACIONES: CD-Rom), ISBN 84-931658-9-1.
<http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/ceclm/websCECLM/transici%C3%B3n/PDF/03-01.%20Texto.pdf>

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Actualidad Penal*, número 1, Semana del 1 al 7 de enero de 2001.

DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA: *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

DONINI, MASSIMO: «Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar», Traducción de PABLO GUÉREZ TRICARICO, en *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, coordinado por MANUEL CANCIO MELIÁ y LAURA POZUELO PÉREZ.

ESLAVA GALÁN, JUAN: *Historia de España contada para escépticos*, Editorial Planeta, 12ª edición, Barcelona, 2011.

ETXEBERRÍA MAULEÓN, XAVIER: «Identidad como memoria narrada y víctimas del terrorismo», *Bakeaz*, Bilbao, 2009.

- «Ética del reconocimiento y víctimas del terrorismo», ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política N.º 46, enero-junio, 2012, 215-232, ISSN: 1130-2097.

FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Nuevos retos de los derechos humanos*, Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2006.

FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ - FALCÓN Y TELLA, FERNANDO: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

- *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014.

- «Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIX, 2006, págs. 111-134.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10011100134_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Preveni%F3n_general_positiva._Una_reflexi%F3n_en_torno_a_la_teor%EDa_de_la_pena_de_G%FCnther_Jakobs

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, CARLOS - BOU FRANCH, VALENTÍN: *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, COVITE y Fundación Víctimas del Terrorismo, MINIM agencia edicions, 2009, pág. 116.
<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/55027/Inclusi%C3%B3n%20del%20terrorismo.pdf?sequence=1>

FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, MARÍA DEL CARMEN: «El Terrorismo», en *Guerra, Moral y Derecho*, VV.AA., Editorial Actas, Madrid, 1994, págs. 162 y ss.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. Documento de Opinión N° 10/2010 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (Dirección General de Relaciones Institucionales, Ministerio de Defensa), «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 Mayo - 11 Junio 2010 (Septiembre 2010)», suscrito por J. Antonio Fernández-Tresguerres.
http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2010/DIEEEEO10-2010KAMPALA.pdf

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 8ª edición, de 2006 (primera de 1995).

FERRER SAMA, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Murcia, 1947.

FILANGIERI, CAYETANO: *Ciencia de la Legislación*, Traducción de Jaime Rubio, tercera edición, Tomo IV, Madrid, 1882.

FRASSEK, RALF: *Karl Larenz (1903-1993) Privatrechtler im Nazionalsocialismus und im Nachkriegsdeutschland*, en *Krillische Justiz*, 1998, pág. 296. En español,

FRASSEK, RALF: «Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra», Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Revista “Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho”. Año 5, número 9, 2007, ISSN 1667-4154, págs. 55-75. En internet: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/09/karl-larenz-1903-1993-especialista-en-derecho-privado-durante-el-nacionalsocialismo-y-en-la-alemania-de-posguerra.pdf

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986.

- «Algunas reflexiones sobre la doctrina platónica de los preámbulos de las leyes» (1988), en *Semblanzas, discursos y últimos ensayos filosófico-jurídicos*, Editorial Porrúa, México, 1989.

GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

- «Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional», en BUENO ARUS, FRANCISCO y otros (directores): *Derecho Penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid, Dikynson, 2006.

GARCÍA-TREVIJANO FORTES, ANTONIO: *Teoría pura de la República*, ediciones MCRC.

- «Violencia y terror», Diario “La Razón”, jueves 10 de mayo de 2001.
- «El binomio terrorista», Diario “La Razón”, lunes 11 de junio de 2001.
- «Decir misa nacionalista repicando», Diario “La Razón”, jueves 14 de junio de 2001.
- «La prensa ante el terror», Diario “La Razón”, lunes 3 de septiembre de 2001.
- «Terror y terrorismo», Diario “La Razón”, jueves 13 de septiembre de 2001.
- «Mediación institucional», artículo publicado en el Blog “La República

Constitucional” el 7 de octubre de 2012
<http://antoniogarciatrevijano.com/2007/10/12/mediacion-institucional/>

- «El terrorista», Diario “La razón”, jueves 13 de diciembre de 2001.
- Intervención en el programa de radio *Libertad Constituyente* el día 22 de febrero de 2012. <http://www.diariorc.com/primera-epoca/?p=7987>

GAROFALO, RAFFAELE: *Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*, Turín, 1885, en la versión española de PEDRO BORRAJO, editor Daniel Jorro, Madrid, 1912.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: *Filosofía, política, derecho*, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia, 2001.

- «La naturaleza de la cosa», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, N°. 7, 1970, págs. 59-91.

GARZÓN REAL, BALTASAR: *En el punto de mira*, Editorial Planeta, Barcelona, 2016.

GIL-CASARES, MARÍA: *Terrorismo y medios de comunicación*, Fundación Ciudadanía y Valores, 2008.

GILI PASCUAL, ANTONI: *La Prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, reimpresión de 2009.

- «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, págs. 216-222.

GIMENO SENDRA: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, San Fernando de Henares (Madrid), 2ª edición en 2004.

- *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3ª edición, 2013.
- «Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista», en *Documentación Jurídica*, 1983, tomo II, nº 37-40.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- *El derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52.
- «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?» *Revista Crítica Penal y Poder*. 2013, nº 4, marzo (págs. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1951.

GONZÁLEZ AMADO, IVÁN: «El terrorismo: un delicado límite», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, ISSN 0121-0483, Vol. 27, Nº. 81, 2006 (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Derecho Penal Supranacional), págs. 93-118.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GONZÁLEZ TAPIA, Mª ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo II, 2ª edición, Madrid, 1903.

HABA MÜLLER, ENRIQUE PEDRO: *Axiología jurídica fundamental*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004.

HASSEMER, WINFRIED: «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en VV.AA.: *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995, págs. 23-36.

- «La medida de la Constitución», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tomo I, *Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, J. C. Carbonel Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dirs.) M. L. Cuerda Arnau (coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 975 y ss.

HEGEL, G. W. FRIEDRICH: *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia política*, Traducción y prólogo de Juan Luis Vermal, Edhasa, Barcelona, 1988.

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER: «La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las faltas», en *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios* (director Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, 2010, págs. 121 y ss.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: «Metodología de la Ciencia del Derecho», en *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, Tomo 5.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ROBERTO: «De los delitos de terrorismo», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO: *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Tomo III, Madrid, 1997.

HUHLE, RAINER: «De Nüremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», KO'AGA ROÑE'ETA, Serie V, 1997.www.derechos.org/koaga/v/ Artículo originalmente publicado en la Revista *Memoria*, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika*.

También en <http://www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/nuremberg-la-haya>

JAKOBS, GÜNTER: *El principio de culpabilidad*. Título alemán: *Das Schuldprinzip*, publicado por la Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319, Westdetcher Verlag, Opladen, 1993. Traducción de Manuel Cancio Melía, en *Estudios de Derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid – Editorial Civitas, Madrid, 1997,

págs. 365-393.

- «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», traducido por MANUEL CANCIO MELIÁ en *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2003.
- *¿Derecho penal del enemigo? Estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, Título alemán: *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu de Bedingungen von Rechtlichkeit* (manuscrito), en MANUEL CANCIO MELIÁ - BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ (Ed.): *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson Civitas Aranzadi, 2008, pág. 27.

JANKELEVITCH, VLADIMIR: *Lo imprescriptible ¿Perdonar? Con honor y dignidad*, Traducido del francés por Mario Muchnik, Muchnik Editores, Barcelona, 1987.

JARAMILLO GARCÍA, ANTONIO: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1928.

JARIA I MANZANO, JORDI: «El terrorismo como síntoma: constitucionalismo, legitimidad del poder y globalización», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 61-84.

JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Cuarta Edición, Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993.

- «La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos y resultados», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1972, págs. 629-642.

JESCHECK, HANS-HEINRICH - WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares Editorial, 5ª edición, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (*Filosofía y Ley penal*), 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ FORTEA, JAVIER: «De la restricción de derechos a un “derecho procesal del enemigo”», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el*

terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 611 y ss.

JUAN PABLO II: «No hay Paz sin Justicia. No hay Justicia sin Perdón», Mensaje de Su Santidad el Papa para la celebración de la XXXV Jornada Mundial de la Paz el 1 de enero de 2002.

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20011211_xxxv-world-day-for-peace_spág.html

KANT, ENMANUEL: *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Canal Suncho, Madrid, 1994.

LA ROSA, MARIANO R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Delitos y faltas, La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2013.

- «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc. /Mes 2, 1993, págs. 535-560 LANDROVE DÍAZ, GERARDO: *En torno al Proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal*, Anales de la Universidad de Murcia (Derecho), Vol. XXXIV Núm. 3-4, Curso 1975-1976, edición de 1980. Puede accederse al artículo en: <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/105521/100431>

LARENZ, KARL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 4º impresión de 2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: «Igualdad penal: un esbozo», en *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Coordinadora M. L. Cuerda Arnau, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1107 y ss.

LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1984.

LISIAS: *Discursos, Discurso contra Agorato* (Discurso 13), Introducciones, traducción y notas de JOSÉ LUIS CALVO MARTÍNEZ, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1988.

LOIS ESTÉVEZ, JOSÉ: «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, ISSN 0518-0872, Nº 4, 1956, págs. 159-182.

LOMBROSO, CESARE: *L'uomo delinquente*, Ulrico Hoepli, Milano, 1876.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009.

LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, adaptado al programa de la oposición a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Dykinson, Madrid, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: «El terrorismo y los fuegos de artificio», artículo publicado el 11 de marzo de 2014 en el Blog “El Clavo”, República.com. <http://www.republica.com/el-clavo/2014/03/11/el-terrorismo-y-los-fuegos-de-artificio/>

MAPELLI CAFFARENA, BORJA: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), quinta edición, de abril de 2011.

MARTÍ SÁNCHEZ, MANUEL: «Indagaciones sobre la lengua del Derecho (el léxico jurídico y sus circunstancias)», *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, ISSN 0213-9995, Nº 38, 2005, págs. 103-132.

MARTÍN, JAVIER: «Terrorismo anarquista», *Historia de Iberia Vieja*, nº 137, págs. 32-35. ISSN 1699-7913.

MARTÍNEZ GARCÍA, FERNANDO: *Nüremberg, Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, Torrevieja (Alicante), 3ª edición de 2014.

MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO: «El derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», en *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar, histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica* (Editor Aniceto Masferrer) Aranzadi, 2011, págs. 689 y ss.

MARTÍNEZ-CARDÓS, JOSÉ LEANDRO: «El terrorismo: aproximación al concepto», en *Actualidad Penal*, La Ley, nº. 26, del 29 de junio al 5 de julio de 1998, págs. 479-487.

MARX, KARL: *Contribución a la crítica de la economía política* (1859) Edición de Jorge Tula, Biblioteca del Pensamiento Socialista, Siglo XXI editores, 1980.

MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN: *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Dykinson, Madrid, 2001.

MESSUTI, ANA: «El tiempo como pena» (capítulo) en su obra del mismo título *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

- «La víctima y el “no-sujeto de Derecho”», en *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- «Reflexiones sobre el pensamiento penal», en *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

MIR PUIG, CARLOS: «Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación», en *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (Tribuna y Boletín de la FICP) N° 2013-1 (mayo)*, págs. 234-255.
http://www.ficp.es/media//DIR_42312/57d08b8e8388ab7effff80d7ffff8709.pdf

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011.

- *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011.
- «Constitución, Derecho Penal y Globalización», en *Nuevas Tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, dirigido por SANTIAGO MIR PUIG y MIRENTXU CORDOY BIDASOLO, Coord. VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, Editorial Reus, Madrid 2006. También publicado en Argentina y Uruguay.

MONTES LUENGOS, JERÓNIMO: *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1917.

MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO: «En torno a la idea de delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 18, 2000, págs. 131-156.

MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*,

Centro de Estudios Financieros, 2005.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980.

- «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO - GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal, Parte General*. 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 19ª edición, 2013.

NIETZSCHE, FRIEDRICH: *Así habló Zaratustra* (1883) Versión disponible en: <http://www.dominiopublico.es/>

NOVALDOS Y PÉREZ-ACEVEDO, MANUEL: *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, Madrid, 1979.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.

OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO - GÓMEZ LANZ, JAVIER: «Teoría general de la pena», en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*. VV.AA., Bosch, Barcelona, 2005.

OLARIETA ALBERDI, JUAN MANUEL: «El origen de la Audiencia Nacional», publicado en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 29, julio de 1997.

OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR: «Ámbito de actuación del Derecho penal», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 601-640.

OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR - PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL: *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

OLLÉ SESÉ, MANUEL: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.

ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA - LUIS ÁNGEL APARICIO: «Enfrentamientos asimétricos, la respuesta del Estado Español frente a la primera oleada de terrorismo moderno (1880-1902)», Boletín de Información del Ministerio de Defensa, ISSN 0213-6864, N°. 322, 2011, págs. 112-150.
[http://www.defensa.gob.es/ceseden/Galerias/destacados/publicaciones/Boletines de Informacion/ficheros/BOLETIN_DE_INFORMACION_DEL_CESEDEN_322.pdf](http://www.defensa.gob.es/ceseden/Galerias/destacados/publicaciones/Boletines_de_Informacion/ficheros/BOLETIN_DE_INFORMACION_DEL_CESEDEN_322.pdf)

ORTS BERENGUER, ENRIQUE: «Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, J. C. Carbonel Mateu, J.L. González Cussac, E. Orts Berenguer (dirs.) M. L. Cuerda Arnau (coordinadora), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1483 y ss.

PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *El Código Penal, Concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1848.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL: «El “terrorista” ante el Derecho penal», en *Terrorismo y Estado de Derecho* (Directores: José Ramón Serrano-Piedecasas y Eduardo Demetrio Crespo), Iustel, Madrid, 2010, págs. 137-226.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.

- «La Audiencia Nacional: atentado a un derecho fundamental», Cuadernos para el Diálogo, nº 200, febrero-marzo de 1977.

PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX MARÍA: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

- *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, M. Cobo del Rosal (director), Madrid, 2000.
- «La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», en *La Ley*, año XXVI, núm. 6249, martes 10 de mayo de 2005.

- «Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, págs. 435-444.
- «La prescripción de las infracciones penales. Problemas que plantea la regulación vigente y su respuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 23 de julio de 2009 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal», núm. Vol.: 46/ 2009, Control: CF0904601, Colección: Cuadernos Digitales de Formación, Publicación: *Novedades legislativas en el orden penal*, <http://www.poderjudicial.es>

PERALTA, RAMÓN: *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE: *Los derechos fundamentales*, Tecnos (Grupo Anaya), Temas clave de la Constitución española, 10ª edición de 2011 (1ª de 1984).

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, JOSÉ MANUEL: *Breviario de Derecho germánico*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.

- *Historia del Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1999.

PESSINA, ENRIQUE: *Elementos de Derecho Penal*, Traducción de González del Castillo, 1ª parte, Madrid, 1892.

PIERNAS LÓPEZ, JUAN JORGE: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma», *Anuario Español de Derecho Internacional* / Vol. 26 / 2010 / 285-302. ISSN 0212-0747.

PLATÓN: *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, tomo 9, Madrid 1872.

- *Las Leyes*, Edición de José Manuel Ramos Bolaños, Akal Clásica, Torrejón de Ardoz, Madrid, 1988.

POLAINO ORTS, MIGUEL: *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de*

sentido y límites de vigencia. Bosch, Barcelona, 2009.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: «Terrorismo de Estado: los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.)» en ARROYO ZAPATERO LUIS y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE IGNACIO (dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, págs. 501-530.

PRINS, ADOLPHE: *Science pénale et Droit positif*. Bruxelles-Paris, 1899.

PUY MUÑOZ, FRANCISCO DE PAULA: «El Derecho y la naturaleza de las cosas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, ISSN 0518-0872, Nº 12, 1966, págs. 75-94.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1946.

- *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: «Definiendo el terrorismo: normatividad y materialidad», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.85 y ss.

RADBRUCH, GUSTAVO: *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

- «La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida», en *El nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma* (Dir. Jesús-María Silva Sánchez, Coord. Nuria Pastor Muñoz), La Ley, Madrid, 2012, págs. 219-242.

REINARES NESTARES, FERNANDO: *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós, Barcelona, 1998, págs. 35 y ss.

- *Patriotas de la muerte. Quiénes han militado en ETA y por qué*, Taurus, Madrid, 2001.
- «Dimensiones del terrorismo internacional», en *Lucha contra el terrorismo y*

Derecho internacional, Cuadernos de estrategia, Ministerio de Defensa, nº 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Grupo de Trabajo 6/04, págs. 39-48.
http://bibliotecavirtualdefensa.es/BVMDefensa/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=27850

- «Conceptualizando el terrorismo internacional», Real Instituto Elcano, Área: Terrorismo Internacional - ARI Nº 82/2005 Fecha 01/07/2005.
<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1/ARI-82-2005-E.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1>
- «Al Qaeda y el Estado Islámico», Diario “El País”, 11 de enero de 2015.
http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/11/actualidad/1421004019_193415.html
- «Yihadismo global y amenaza terrorista: de Al Qaeda al Estado Islámico», Revista de Occidente, ISSN 0034-8635, Nº 406, 2015, págs. 5-19. También en la página web del Real Instituto Elcano:
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari33-2015-reinares-yihadismo-global-y-amenaza-terrorista-de-al-qaeda-al-estado-islamico
- «Estridencias sobre antiterrorismo. Nuestro Código Penal, pensado para ETA, no era aplicable al yihadismo», Diario “El País”, 4 de febrero de 2015,
http://politica.elpais.com/politica/2015/02/03/actualidad/1422986294_892527.html
- «Diez cosas que importa saber sobre la amenaza del terrorismo yihadista en Europa Occidental». Comentario Elcano 11/2016 - 29/3/2016.
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-reinares-10-cosas-que-importa-saber-sobre-la-amenaza-del-terrorismo-yihadista-en-europa-occidental

REINARES, FERNANDO – GARCÍA-CALVO, CAROLA: «Estado Islámico en España», Real Instituto Elcano, Madrid, 2016.

<http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/libros/Informe-Estado-Islamico-Espana.pdf>

REY GONZÁLEZ, CARLOS: *La prescripción de la infracción penal en el Código de 1995*, Marcial Pons, 2ª edición de 1999.

RIVAS, JAVIER: «La violenta historia de ETA, en cifras», Diario “El País”, 8 de abril de 2017.
http://politica.elpais.com/politica/2017/04/07/sepa_usted/1491532184_093477.html

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho Penal español*, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ FLÓREZ DE QUIÑONES, MARÍA CATALINA: *Valor y función de las “Exposiciones de Motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972.

RODRÍGUEZ RAMOS, JUAN en el Prólogo de MORAL DE LA ROSA, JUAN: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Centro de Estudios Financieros, 2005.

RODRÍGUEZ URIBES, JOSÉ MANUEL: *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013.

- «El apoyo institucional a las víctimas del terrorismo en España», en la obra colectiva *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas* (dir. Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas y Gumersindo Guinarte Cabada, coord. Natalia Pérez Rivas y Eva M. Souto García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 219-237.
- «El concepto de víctima del terrorismo», en *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre* (director: Miguel Revenga Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 217-237.

RODRÍGUEZ YAGÜE, ANA CRISTINA: «Política penitenciaria antiterrorista en España: la dispersión de las “prisiones de seguridad”», Comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Seguridad, Justicia y Sistema Penal celebrado en Valencia del 5 al 7 de febrero de 2014. http://congresos.adeituv.es/imgdb//archivo_dpo15391.pdf

ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO: «Legislación sobre asociaciones anarquistas en España, 1890-1910», *Revista Chilena de Derecho de la Facultad de Derecho de la*

PUCCH, Vol. 8, N°1-6, págs. 71-86. 1981.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649354.pdf>

ROSS, ALF: *Tû-tû*, Traducción de Gerardo Rubén Carrió, Colección Nueva Teoría, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la teoría del delito*. Trad. 2ª edición, por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

- «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1976, págs. 11-36.

SALDAÑA Y GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO: *Teoría pragmática del Derecho penal*. Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1925.

- *Adiciones al Tratado de Von Liszt*, tomo 3º, págs. 418-419, citado por MORILLAS CUEVA, LORENZO: «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, págs. 269-295.

SANCHO VELÁZQUEZ, JAVIER: «Victimas del terrorismo: Un deber moral y político», en Boletín Informativo del Comité Interamericano contra el Terrorismo - Informe nº 62.

SANCIÑENA ASURMENDI, CAMINO: «La prescripción extintiva»: *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* / Manuel Jesús Marín López (aut.), Esther Arroyo i Amayuelas (aut.), Pedro del Olmo García (aut.), Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (aut.), Andrés Domínguez Luelmo (aut.), Manuel Espejo Lerdo de Tejada (aut.), Francisca Ramón Fernández (aut.), Camino Sanciñena Asurmendi (aut.), 2014, ISBN 978-84-9086-105-9, págs. 513-535.

SANDOVAL, JUAN CARLOS: *El delito de rebelión, bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SANTA OLALLA LÓPEZ, FERNANDO: «Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 33, septiembre / diciembre de 1991.

SANTOS, JOSÉ ANTONIO: «Filosofía del Derecho Penal, positivismo jurídico y eugenesia en la República de Weimar», en F. Javier Blázquez Ruiz (coord.): *Nazismo, Derecho, Estado*, págs. 119-155 (120-121), Dykinson, Madrid, 2014.

SASTRE ARIZA, SANTIAGO: «Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica», Cuadernos de Filosofía del Derecho nº 24, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989.

SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON: *System des heutigen römischen Rechts*, Tomo I, 1840.

SCHMITT, CARL: *Teología política*, editorial Trotta, Madrid, 2009.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO y otros: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2ª edición, 2008.
- «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VV.AA., Comares, Granada, 2009, págs. 17-41.

SILVELA, LUIS: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, Nº. 23, 2009, págs. 79-86.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP-MARÍA y otros: *Curso de Derecho penitenciario*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, II-II (segunda sección de la segunda parte), cuestión 40, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1990, págs. 337-338. En internet en: <http://biblioteca.campusdominicano.org/3.pdf>

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *Constitución: Escritos de introducción histórica*, editorial Clavero, Madrid, 1996.

TORRES FERNÁNDEZ, M^a ELENA: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

TORRES VÁSQUEZ, HENRY: «El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de Derechos Humanos», *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, ISSN 0124-0021, N^o. 32, 2010, págs. 77-90.

TOWNSHEND, CHARLES: *Terrorismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

VALDÉS ALONSO, ALBERTO: *La protección social de las víctimas del terrorismo*, Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2012 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. También en aranzadidigital.es con ref. (BIB 2012, 3081).

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 341-342.

VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Hans Welzel una aproximación a su vida y a su obra*, Revista Iusta, Vol. 2, Núm. 27 (2007), Universidad Santo Tomás De Aquino - Sede Bogotá – Usta, ISSN 1900-0448. <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3037/2904> El artículo también está publicado en la página web de la Universidad de Fribourg (Suíza): http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_32.pdf

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: «¿Estado democrático o Estado autoritario?: (reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, ISSN 1888-3443, N^o. 4, 2008, págs. 264-273. Documento disponible en Tirantonline, con ref. (TOL1.405.952).

– «Reexamen del dolo», en *Problemas actuales del derecho penal y de la*

criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita / coord. por Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 369-388.

- «Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal». Documento disponible en la base de datos “Tirantonline”, con ref. (TOL1.405.952).

VON LISZT, FRANZ: *Tratado de derecho penal*, Editorial Reus, Madrid, 1926.

- *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Traducción de CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995, págs. 51-52.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

WÜRTENBERGER, THOMAS: *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milán, 1965.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, Ediar, Buenos Aires, 1998.

- *Estructura básica del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009.
- «La criminología como curso», en su obra *En torno a la cuestión penal*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2005, págs. 1-37.
- «Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad», publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 2000/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Puede también leerse como capítulo en su obra *En torno a la cuestión penal*, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2005, págs. 254-266.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL - ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission), 1950,
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

Base de datos de legislación y jurisprudencia “Westlaw” de Aranzadi. Las referencias de las citas de jurisprudencia usadas en este trabajo corresponden a dicha base de datos.

Base de datos jurídica de Aranzadi: “aranzadidigital.es”:

- *Diccionario jurídico Aranzadi Westlaw.*
- «Tres etarras niegan la legitimidad del tribunal que les juzga por un atentado en Madrid y dicen que no podrá condenarles» (29/07/2008) (MIX 2008, 11714).
- «'Txeroki' desobedece al tribunal en su primer juicio: “No voy a participar en este espectáculo”» (23/06/2011) (MIX 2011, 909855); «Idoia Mendizábal reconoce ante la AN que es militante de ETA y dice que si alguien la tiene que juzgar es su pueblo» (01/10/2010) (MIX 2010, 31869).
- «La Fiscalía niega que se haya comprometido a estudiar la aplicación de lesa humanidad a crímenes de la banda» (23/05/2012), (MIX 2012, 921663).

Base de datos jurídica de El Derecho-Francis Lefebvre: “elderecho.com”

Base de datos jurídica de Tirant lo Blanch: “tirantonline.com”

Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/>

Comunicado de ETA de 20 de octubre de 2011 relativo al «cese definitivo» de su actividad armada El comunicado puede leerse, por ejemplo, en la página web del Diario “El Mundo”: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2011/10/20/comunicado_eta.pdf

Comunicación de COVITE al Fiscal de la Corte Penal Internacional:
<https://drive.google.com/file/d/0B8lscQcayf3KcXE4V0lnb0lBRWs/edit?pli=1> COVITE

(Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco): Boletín interno de 1 de marzo de 2014. http://www.covite.org/descargas/COVITE_marzo_2014.pdf

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, pág. 74 <http://www.poderjudicial.es/> y seguir la ruta Poder Judicial: Consejo General del Poder Judicial: Actividad del CGPJ: Informes.

Enmiendas e Índice de Enmiendas al articulado 121/000052 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de Las Cortes Generales Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 18 de marzo de 2010 Núm. 52-9, pág. 3. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF

Noticias publicadas en el Diario “El País”:

- 17 de febrero de 2014: «Jueces ven difícil que La Haya investigue a ETA por crímenes contra humanidad» (autor no citado por el medio). http://politica.elpais.com/politica/2014/02/17/actualidad/1392649756_875158.html
- 4 de enero de 2015: «La rama yemení de Al Qaeda asume la autoría del ataque de París». (Espinosa, Á./ Gutiérrez, Ó.) http://internacional.elpais.com/internacional/2015/01/14/actualidad/1421231136_665711.html
- 30 de enero de 2015: «El PSOE tolera la cadena perpetua para salvar el pacto antiterrorista» (Fernando Garea). http://politica.elpais.com/politica/2015/01/29/actualidad/1422558115_242460.html
- 26 de octubre de 2016: «África rompe con La Haya. Gambia, Sudáfrica y Burundi dejan la CPI mientras Kenia y otros cuatro países sopesan lo mismo» (Isabel Ferrer). http://internacional.elpais.com/internacional/2016/10/26/actualidad/1477477650_280212.html
- 16 de noviembre de 2016: «Rusia retira su firma del tratado que rige la Corte Penal Internacional» (Elena Vicéns).

http://internacional.elpais.com/internacional/2016/11/16/actualidad/1479298396_913115.html

Elementos del Crimen para la Corte Penal Internacional (Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Elements of Crimes) (PCNICC/2000/INF/3/add.2, 6.7.2000)
http://www.icls.de/dokumente/icc_elements_crime.pdf

Informe de DIANE ORENTLICHER, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1.
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

Página web de la Biblioteca Digital Mundial: <https://www.wdl.org/es/item/11579/>

Página web de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.
<http://legal.un.org/ilc/sessions/2/docs.shtml>

Página web de la Universidad de Chicago: <http://portail.atilf.fr/cgi-bin/dico1look.pl?strippedhw=terrorisme&headword=&docyear=ALL&dicoid=ALL&articletype=1>

Página web del Área de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela: http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA - CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Espasa, 2016.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 23.^a edición, publicada en octubre de 2014.

- *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 22.^a edición, 2001.
- Consulta al Departamento denominado “Español al día” de la Real Academia Española.

